GUSTAVO BONELLI

I DEBITI DEL DONANTE

NELLA COSÌ DETTA

DONAZIONE UNIVERSALE

ROMA
ERMANNO LOESCHER & C°.
Via del Corso, 307
TORINO — Via di Po, 19
FIRENZE — Via Tornabuoni 20
1886

Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*
Volume II. — Fascicolo II.

Città di Castello Stabilimento S. Lapi, 1886

I DEBITI DEL DONANTE
nella così detta donazione universale.

È possibile in diritto *donazione universale?* O qual'è il valore e l'effetto delle espressioni — *dono tutti i miei beni* — *dono il mio patrimonio* — usate in atto declarativo di volontà? E soprattutto — per toccare il lato più interessante della questione — in qual relazione stanno i *debiti* coi beni e col *patrimonio* donato? sono essi *compresi* o *dedotti* o *accollati*, o non sono *considerati* affatto, nella trasmissione che si effettua mercè un atto di donazione così concepito? [1]

Avvertiamo subito che l'interesse pratico di un siffatto quesito è molto attenuato, oltrechè dalla rarità di tali atti di donazione del patrimonio e dall'uso generalissimo di provvedere ai debiti mercè accollo espresso, dalla sicurezza delle garanzie ipotecarie e dei rimedî sussidiarî che offre la legge ad ovviare ogni possibile danno dei creditori, in ispecie dal rimedio della *revocatoria.* L'abbandonato rigor delle formule rende meno significante l'analisi del fondamento giuridico proprio di ciascuna azione, e quasi indifferente pel creditore di sapere se egli si rivolga contro il donatario come *succeduto* in qualsiasi modo nel debito o come complice presunto di una frode a suo danno. È chiaro però che l'azione ha nei due casi indole, condizioni ed effetti talmente diversi, che una sana teorica non può lasciare di tenerle distinte. Pure in pratica questa esigenza si fa sentire assai meno, riuscendo quella azione, così com'è, generalmente

[1] Sebbene abbiamo di mira principalmente la donazione del patrimonio, *quale può concepirsi sotto le nostre leggi,* ci riserviamo di far parola anche della *donazione dei beni presenti e futuri.*

sufficiente per la tutela giuridica delle parti interessate. E ciò spiega, come anche la scienza del diritto e la giurisprudenza non provocata insistentemente abbiano potuto lasciare in una certa ombra la determinazione del preciso rapporto giuridico che va con tale atto a crearsi.

La spinta è venuta donde forse meno si aspettava: da una legge speciale, da una legge di finanza, che si crederebbe pochissimo atta allo sviluppo d'una concezione di diritto privato. Questa è la *legge di registro*, già, a confessione degli stessi civilisti, definita siccome la più nobile ed elevata delle leggi fiscali; poichè a differenza delle altre tasse, che colpiscono la cosa, quella di registro colpisce il diritto, e sforza in conseguenza caso per caso alla determinazione della *natura* precisa del diritto colpito.

Che i debiti siano o no trasmessi coi *beni* e col *patrimonio* donato, e in qual modo o in che senso siano trasmessi, non può essere indifferente dinanzi al registro, che deve regolare la tassa sull'entità della trasmissione. Ciò è evidente nel caso che dei debiti non si faccia, nell'atto, menzione. Ma anche quando questi vengano espressamente accollati, può rendersi interessante di sapere, se tale accollo vada riguardato siccome un onere *extrinsecus* apposto alla donazione, resa così in questa parte *corrispettiva,* ovvero debba ritenersi come un'espressione superflua e inesatta del risultato di una operazione giuridica che si compirebbe egualmente da sè, indipendentemente dalla volontà delle parti.

E sebbene di questo caso si sia fatta un'applicazione, come vedremo, non del tutto logica, pure è precisamente esso che ha richiamato nella nostra giurisprudenza l'attenzione sul rapporto in cui si trovano i debiti del donante coll'obbietto di una donazione *omnium bonorum.*

Va segnalato in proposito (ed io mi propongo di avervi speciale riguardo nel dettare queste considerazioni in senso ad esso opposto) uno *studio* apparso nel giornale di giurisprudenza *La Temi Veneta* (Anno v pag. 237 e segg.) col titolo *Delle Donazioni corrispettive nei riguardi della tassa del registro,* opera di uno dei nostri più insigni magistrati e giuristi, il Tartufari,

che ad esso fu eccitato appunto da un caso pratico della specie accennata.[2]

Confesso tuttavia il vero, e la superiorità dell'esimio scrittore mi autorizza a farlo con tutta franchezza: non ho potuto rinvenire in questo studio una delineazione precisa del rapporto giuridico che andrebbe a crearsi colla *donazione di tutti i beni,* e piuttosto che fissata una base certa, da cui emerga la comprensione dei debiti in essa, trovo quivi tentate parecchie giustificazioni di un siffatto risultato, poco conciliabili peraltro fra loro, e meno ancora colle applicazioni giuridiche ricevute.[3]

Sul qual proposito, è bene rammentare che anche il diritto, come ogni altra scienza concreta, non si costruisce *a priori*, e che l'unico criterio per giudicare della verità d'un principio è, per il *giurista* (che *spiega* e non *riforma),* la comparazione del principio medesimo coi precetti effettivi delle leggi e della consuetudine giuridica; cosicchè solo in tanto un principio può ammettersi come vero, in quanto esso spiega e pone come sue applicazioni e come suoi corollari le diverse disposizioni del diritto costituito.

In mancanza d'una legge che dica: chi accetterà una donazione del patrimonio sarà tenuto a pagare i debiti del donante, i sostenitori di questa tesi si trovano nella necessità di arrivarvi mercè il ragionamento, ricavandola dalla natura speciale del rapporto.

Ora vi sono anzitutto due modi diversi di formulare giuridicamente un siffatto rapporto, secondochè si miri alla *natura dell'obbietto trasmesso* o alla *presunta volontà delle parti per cui si attua.* E sono i seguenti:

1° i debiti gravano *ipso jure* il *patrimonio* donato, e così o passano insieme con questo nel donatario o ne trattengono un valore corrispondente nel donante;

[2] Ricorso delle *Finanze* contro *Ciccodicola,* rigettato dalla *Cassazione di Roma* con sent. 23 marzo 1880, estensore lo stesso TARTUFARI (*Corte Suprema* v, 361). La massima fu in seguito sconfessata dalla stessa Corte Suprema.

[3] Nell'Epilogo di tale *Studio* si legge infatti: “Su che si fonda insomma quest'obbligo del donatario? Sulla *natura delle cose donate,* sulla *presunta volontà delle parti* o sulla *legge? Un po' su tutto, con azione combinata,* e a preferenza sulla legge.„

2° *si presume* che in una donazione universale il donante *abbia voluto* accollare i debiti al donatario o riservare per sè un quantitativo sufficiente per estinguerli.

La prima è una presunzione assoluta, tratta dalla stessa nozione giuridica dell'obbietto trasmesso, cioè del *patrimonio,* e vale come posizione di diritto per sè stante, anche di fronte ai terzi. La seconda è presunzione relativa, tratta da considerazioni ermeneutiche generali, intorno alla intenzione e volontà di coloro tra cui il rapporto si svolge, ma appunto perciò non capace, in massima, di alterare i rapporti dei terzi verso di loro.

È chiaro infatti che quando la nozione giuridica di *patrimonio* sia tale che implichi *nel suo contenuto* i debiti che lo gravano, e quando il patrimonio così inteso si ritenga poter costituire obbietto di trasmissione e costituire effettivamente l'obbietto vero e proprio di una donazione universale, è per una necessità giuridica, e indipendentemente dalla volontà speciale delle parti, che i debiti passano nel donatario; e potrà farsi questione se la legge ammetta o no donazioni di tal fatta, ma, dato che le ammetta, essa non potrà non riconoscer loro anche l'effetto di render creditori del donatario quelli che erano già creditori del donante, appunto come i creditori del defunto divengono creditori dell'erede. Ovvero, se la nozione giuridica di patrimonio (in quanto è obbietto di trasmissione *inter vivos)* sia tale da contenere entro di sè quella sola parte dell'attività economica che sopravvanzi alla soddisfazione delle passività, per modo che l'obbietto vero di essa sia l'*attivo netto,* è ugualmente per una necessità giuridica, e all'infuori della volontà delle parti, che ciò si verifica.

All'opposto, se ciò non è, e se le conseguenze logiche di siffatte tesi vengano ricusate siccome contrarie al diritto costituito, noi potremo tuttavia derivare da una presunzione di volontà, ravvisata nell'atto, conseguenze analoghe nei rapporti fra i due contraenti, ma dovremo necessariamente abbandonare il concetto d'un *ens* giuridico universale, abbracciante *ipso jure* attività e passività, o *ipso jure* risolventesi in una sola parte dell'attivo, siccome obbietto di trasmissione *inter vivos.*

È perciò che non sapremmo abbastanza deplorare la confusione che si trova fatta fra queste due distinte posizioni dagli scrittori moderni, a cominciare dal SAVIGNY, la cui opinione, addottata anche dal TARTUFARI, viene così formulata nel § 159 del suo *Sistema*: "Se l'atto di donazione (universale) non racchiude alcuna convenzione a riguardo dei debiti, si *suppone* naturalmente che il donatario abbia preso il *tacito impegno* di pagar tutti i debiti e di sostituirsi al donante di fronte ai creditori. Questa presunzione è fondata *sulla natura stessa dell'universalità dei beni che forma l'obbietto della donazione*, perchè *per essa s'intende* l'insieme dei diritti appartenenti a un individuo, deduzione fatta dei debiti. „

Questo ragionamento è affetto da contraddizione intrinseca. Poichè, se veramente il senso giuridico dell'universalità dei beni donata fosse quello enunciato dal SAVIGNY (e fra poco vedremo quanto ci sia di vago nel significato della frase *deduzione fatta dei debiti* e di illogico nelle conseguenze che se ne traggono), nessun impegno nè espresso nè tacito del donatario occorrerebbe a rendersi ragione delle conseguenze; anzi queste (qualunque sieno) avrebbero luogo anche all'infuori della volontà del donatario, p. es. ignorando questi l'esistenza dei debiti o provandosi che intese di non accollarseli. Che anzi la stessa dichiarazione espressa di non accollo o sarebbe nulla o distruggerebbe ipso facto la donazione del patrimonio, riducendola a donazione di cose singole.

Se invece a fondamento dell'obbligo del donatario ai debiti si pone la presunzione del tacito impegno, occorre ammettere a far valere contro di essa in ciascun caso tutte le presunzioni contrarie, ed allora non potremo più dire che il patrimonio formante obbietto della donazione universale è l'insieme dei diritti con deduzione dei debiti, ma che è accompagnata o no da siffatta deduzione, secondo che piacque o meno alle parti. O più generalmente e più esattamente: il patrimonio donato, per sè stesso, *non* comprende i debiti, ma per volontà delle parti *può* comprenderli, e questa volontà si presume fino a prova contraria.

Sono dunque due distinte e diverse posizioni di diritto, che meritano di essere studiate separatamente.

I

La nozione giuridica del patrimonio.

L'opinione che l'obbligo del donatario ai debiti derivi dalla nozione giuridica del patrimonio viene a sua volta formulata in due modi diversi, che però dai sostenitori della tesi vengono assunti molto spesso come equivalenti. E sono:

A) i debiti *seguono* il patrimonio donato, e così *passano* dal donante al donatario, come nell' *hereditas* (salvo certe limitazioni);

B) il patrimonio donato passa al donatario: *previa deduzione dei debiti,* cioè nell'*attivo netto.*

Ecco la giustificazione razionale della prima posizione: — Il patrimonio è l'*universitas juris* di una persona, presa in un dato momento; essa perciò, come l' *hereditas,* abbraccia attività e passività, cose, crediti e debiti, corpi, diritti e obbligazioni; e tutto questo contenuto è appunto trasmesso colla donazione del *patrimonio* o di *tutti i beni.* Questo concetto è espresso dal Tartufari in varî punti del suo scritto; segnatamente nelle seguenti parole: " i pesi e i debiti, i quali formano parte dell'universalità donata, gli oneri tutti che vi sono inerenti, passano al donatario come elementi integranti della medesima. La quale.... non è un semplice cumulo o numero di oggetti distinti, sì bene una cosa in sè stessa organica, che ha un'esistenza individuale e formale, e risulta così dai diritti come dalle obbligazioni, così dai capitali come dai pesi, così dall'attivo come dal passivo, e forma un atto unico ed inscindibile. "

Ed ecco la giustificazione della seconda: — Il patrimonio è tutta l'attività economica d'un individuo, dedotti i suoi debiti. " Chi dona il suo patrimonio (così il Tartufari) dona la res universa, la sua pecunia, *in quanto ha un valore.* " L'*aes alienum* ha dunque per effetto di diminuire, di ridurre a più modeste proporzioni l'utilità donata, scemandola d'una quantità corrispondente al suo valore: esso va dunque unito al patrimonio, ma solo *come una reale diminuzione del medesimo*

(TARTUFARI). Si suppone pertanto, prima della trasmissione patrimoniale, un'operazione aritmetica, che può eseguirsi in ogni istante su qualunque patrimonio, e che ha per risultato di sostituire al patrimonio nella sua sostanzialità e realità, il valore economico di esso. Si suppone, cioè, prima della trasmissione, operata la stima e la liquidazione dell'attivo (cose e diritti) e del passivo (debiti e oneri), nonchè la deduzione di questo da quello, e limitato l'obbietto della trasmissione al *residuo* di questa operazione (residuo che può essere naturalmente una quantità positiva, come una quantità indifferente o negativa). Or bene: questa quantità è la cosa trasmessa.

Qualunque sia il valore relativo di queste due posizioni, certo si è che esse si presentano con un significato giuridico ben distinto e che deve farci ben distinguere l'una dall'altra. Ed è una inconseguenza logica lo assumerle contemporaneamente in una giustificazione razionale della tesi del passaggio dei debiti *ipso jure* al donatario.

Esaminiamole ora partitamente, e incominciamo dalla prima.

A.

I debiti seguono il patrimonio donato come parti o elementi integranti di esso. [4]

Se questa è la definizione del patrimonio, allora la questione non fa che cambiare di termini; non è più, cioè, *se i debiti passino o no al donatario del patrimonio,* ma *se si può donare,* o in genere, *trasmettere inter vivos un patrimonio, oppur no.*

Questa tesi importa infatti l'equiparazione tra il patrimonio d'un vivente e l'*hereditas.* Anzi il TARTUFARI la pone espressamente: "Del resto la individua universalità del patrimonio come oggetto di diritti non è guari diversa da quella dell'eredità, e basta una sola considerazione a persuaderne; la quale è che l'eredità viene costituita appunto da ciò che fu giá patrimonio del defunto, e che quel patrimonio, salvo alcune differenze, si può trasmettere ad altri anche per atto tra vivi."

[4] Scrittori, come POTHIER, DELVINCOURT, VAZEILLE, GRENIER ecc., possono schierarsi sotto questa opinione a preferenza che sotto le altre.

Ora deve negarsi risolutamente che il patrimonio, inteso nel senso giuridico che accettiamo, sia trasmissibile per *atti tra vivi.*[5] E s'intende il patrimonio del *trasmittente,* perchè dobbiamo riservarci sin d'ora il caso della trasmissione d'una *eredità* tra vivi, in cui ciò che si trasmette dal vivo è pur sempre il patrimonio d'un defunto.

Patrimonio in diritto è l'equivalente (obbiettivo) di *personalità giuridica.* Le *unità patrimoniali,* in quanto sono considerate nei *rapporti* fra loro, cioè come *subbietti* di rapporti giuridici, si dicono *persone.* La persona (fisica) umana è in diritto moderno fonte perenne ed incessante di patrimonialità. Perciò una separazione tra la persona e il patrimonio è impossibile, finchè quella esiste nel mondo giuridico, cioè, in diritto moderno, *finchè vive.* Diciamo in diritto moderno, perchè l'antico diritto conosceva modi d'estinzione della persona diversi dalla morte, appunto perchè non esisteva la massima che ogni uomo individuo è *persona juris:* era dunque possibile la perdita della personalità durante la vita, cioè mediante la perdita dello *status* (capitis deminutio). Tuttavia crediamo (e lo dimostreremo subito) che neppure nel diritto romano dell'epoca classica fosse più possibile altro modo di successione universale fuorchè per la morte del *de cujus.*

Un'analisi dell'*unità patrimoniale economica* (poichè la sua formazione è un prodotto del movimento economico prima che del diritto)[6] ci porterebbe a distinguere in essa un *substrato patrimoniale (beni)* ed un *centro direttivo unificatore* (*volontà umana* o *scopo:* donde due grandi categorie di unità patrimoniali): il riconoscimento di tale unità da parte del diritto (legge) le conferisce la qualità *giuridica.* L'unità rimane in piedi finchè il centro patrimoniale non è soppresso. Ma se può concepirsi che lo *scopo* sopravviva ad ogni avanzo di patrimonialità (nel qual caso l'unità si sfascia perchè le manca l'elemento materiale), il simile non può concepirsi per la *volontà*, poichè

[5] S'intende a *titolo gratuito,* perchè a titolo oneroso la alienazione avrebbe per effetto, non la trasmissione ma la conversione dello stesso patrimonio in prezzo.

[6] Cf. SCHÄFFLE, *Bau und Leben des soc. Körpers.*

questa ha sede in un sistema nervoso che suppone un'individualità vivente. Ora l'uomo vivente, come tale, ha in sè stesso elementi indefettibili di patrimonialità economica.

Infatti niun dubbio che nella nozione patrimoniale deve entrare economicamente tutto ciò che ha un *valore;* quindi non solo le *ricchezze,* ma anche le *cause* o *fonti di ricchezza,* anche le facoltà, attitudini, capacità, abilità naturali o acquisite dell'uomo (ciò che MARX chiama la sua *potenza di lavoro*) [7] entrano fra i *bona.* È perciò che l'uomo ha un substrato patrimoniale immancabile, esso rappresenta un valore per sè stesso [8], per la sua stessa costituzione fisiologica e sociologica, per le moltissime ragioni d'utilità che offre ai suoi simili. In mancanza adunque di beni esterni, quasi inconcepibile del resto nell'uomo sociale, fra tanta urgenza e complessità di bisogni, l'uomo trova in sè stesso un sufficiente substrato patrimoniale, che, unificato com'è sotto la sua volontà, lo costituisce in *unità* patrimoniale. Resta che la legge ci aggiunga la sua consacrazione, affinchè tale unità economica naturale acquisti subito un valore giuridico, quale mancava in diritto romano allo schiavo e all'uomo privo del diritto civile, e originariamente ad ogni individuo *alieni juris.*

Ecco perchè l'uomo è *sempre* capace di *obbligarsi* giuridicamente, anche quando non possiede beni patrimoniali esterni. Obbligarsi è entrare in rapporto giuridico: ora rapporto giuridico non si concepisce che tra due unità patrimoniali. Nè il vincolo in cui consiste l'obbligazione investe la patrimonialità esteriore e sensibile dell'obbligato; esso investe anzi direttamente la fonte stessa della patrimonialità[9], e i beni esterni solo

[7] " Potenza di lavoro o forza di lavoro; con questo nome conviene intendere l'assieme delle facoltà fisiche ed intellettuali che esistono nel corpo d'un uomo, nella sua personalità, e che egli deve porre in movimento per produrre delle cose utili. „ MARX, *Il Capitale* lib. I cap. VI nella *Bibliot. degli Econ.* serie 3ª Vol. IX pag. 120.

[8] Sul valore rappresentato dall'uomo come tale V. l. 33 ff. 9.2, l. 63 pr. ff. 35.2. Dice HOBBES nel *Leviathan*: " Il valore d'un uomo è, come quello di tutte le altre cose, il suo prezzo, cioè tanto quanto bisognerebbe dare per l'uso della sua potenza. „

[9] Base del credito, o, come dice WAGNER, " *elemento specificamente proprio* degli atti di credito è *la fiducia* in quanto in ogni atto di credito *necessariamente* avviene che una parte debba confidare che l'altra, alla

in quanto ne sono una dipendenza. Tanto che nel diritto antico l'*obligatio* colpiva la persona fisica prima che la sua patrimonialità, come risulta dalle XII tavole e dalle consuetudini galliche, franche e feudali che sancivano una specie d'ipoteca sulla persona del debitore.[10] Che anzi, come ora vedremo, la capacità d'obbligarsi è cronologicamente anteriore alla stessa patrimonialità giuridica. E nel diritto moderno continua a distinguersi l'obbligazione dagli altri vincoli giuridici in quanto colpisce la *persona* non le *cose,* e queste affetta solo come estrinsecazioni della vita patrimoniale di quella, quindi non solo nei beni attuali della persona, ma anche in quelli che ancora non ha.[11]

Donde la conseguenza logica che successione nelle obbligazioni non si ha per chi succede nei beni esterni d'una persona, in qualsiasi misura vi succeda, ma solamente per chi succede nella stessa *personalità patrimoniale,* cioè per l'unità patrimoniale che prende il posto della precedente (obbligata), allorchè questa sparisce dal mondo giuridico. Ora ciò non si dà nel diritto moderno che in un caso, cioè non v'ha che un caso di *successione* (come si appella) *universale;* imperocchè la personalità patrimoniale non si estingue oggi che colla morte. Nè si potrebbe, anche *volendo,* estinguerla diversamente, perchè la personalità non è un *diritto* o un *bene,* ma è una qualità che è conseguenza d'uno stato sociale indipendente da noi: la società ci stringe da tutte le parti, è l'ambiente nel quale viviamo e che ci rende, sotto un tal rapporto, organi d'una esistenza superiore a noi, e ad essa subordinati. Il circolo sociale è oggi talmente esteso che ogni uomo, solo perchè tale, ne fa parte, e vi rappresenta un valore giuridico; e come la sua volontà è estranea al vincolo sociale, perchè egli *si trova* socio nello Stato organicamente, non *si fa* tale volontariamente, così estranea e indipendente dalla sua volontà è la personalità giuridica che ne è la conseguenza.

sua volta, farà a suo tempo la sua controprestazione „ (WAGNER, *Del credito e delle banche* § I, nella *Bibl. degli Econ.* 3ª serie XI pag. 435). Ora, questo è, com'è chiaro, un elemento *strettamente personale.*

[10] V. *Formule di Marcolfo,* append. form. 16 e le altre fonti citate da TROPLONG *Priv. et Hypoth.* ch. I.

[11] Art. 1948 cod. civ.

In uno stadio antecedente dell'evoluzione sociale, quando non ogni uomo, ma solamente ogni *paterfamilias* era membro dello Stato, cosicchè sotto la *potestas* di esso si compendiavano unità non ancora differenziate, l'entrare nella sfera di tale unità dovea importare abdicazione della propria personalità patrimoniale.

La condizione del *filiusfamilias* romano, anche prima che potesse avere un *peculio* a sè, era qualcosa di mezzo tra quella della persona di diritto e dello schiavo. Non potea avere nè proprietà, nè crediti, ma avea la capacità d'*obbligarsi,* e poteva esser portato in giudizio in conseguenza delle sue obbligazioni.[12] Ciò mostra come fosse possibile il *vinculum* obbligatorio giuridico sulla persona prima ancora che questa avesse la proprietà e la disponibilità dei *beni.* Tuttavia conviene ammettere che in uno stadio anteriore del diritto, nessuna capacità giuridica, neppur quella d'obbligarsi, competesse, al figlio, elemento indistinto (almeno pel diritto civile), perduto entro l'unità patrimoniale della famiglia. E tra i fenomeni di sopravvivenza, segni dell'antico stato, basti rammentare l'assoluto ritorno alla inesistenza giuridica nei rapporti col padre di fronte al quale nessuna obbligazione è possibile[13], e l'impossibilità di avere eredi, cosicchè ogni obbligazione personale rimaneva estinta colla morte.[14]

Tuttavia l'*adrogatio* e la *in manum conventio* non erano vere forme di *successione universale*, tuttochè le Istituzioni le classifichino per tali (lib. 2. tit. 9 in fine), ma piuttosto forme di *assorbimento* della personalità. Infatti colla *minima deminutio capitis* non solo si estinguevano le servitù personali[15], ma altresì i debiti; e così mentre tutti i beni d'ogni sorta del *sui juris* passavano nel patrimonio dell'arrogante[16], le obbligazioni già contratte non passavano, e neppur rimanevano nell'arrogato, (altro fenomeno di sopravvivenza come sopra), ma si estingue-

[12] L 39 ff. 44. 7. — l 57 ff. 5. 1. — ll. 44, 45 ff. 15. 1. — l. 141 § 2 ff. 45. 1. — l. 8. § 4. ff. 46. 4.
[13] ll 4. e 11 ff. 5. 1. — l. 16. ff. 47. 2. — l. 38 §§ 1 e 2. ff. 12. 6.
[14] l. 18. ff. 14. 6. — l. 11. ff. 46. 1.
[15] l. 1 pr. ff. 7. 4. — Gaius iii § 83; Paul. *R. S.* iii. 6 § 29.
[16] l. 15. pr. ff. 1. 7. — §§ 1 e 2 Inst. 3. 11.

vano appunto come se nulla fosse esistito. [17] L'*adrogator* adunque *assorbe*, ma non *succede*. [18]

Ancora, in uno stadio meno lontano, durante l'influenza ascetico-religiosa, che riteneva lo Stato come perverso, la *città degli uomini* come opposta alla *città di Dio*, si poteva emigrare dalla prima alla seconda anche prima che finisse il *mortal pellegrinaggio;* il convento segregava certi uomini dalla società, colla quale essi rompevano assolutamente ogni vincolo; e il diritto riconosceva ed ammetteva questa infrazione del vincolo sociale, e riteneva decaduti quegli uomini da ogni patrimoniale personalità [19], a vantaggio però della società stessa che nella Chiesa trovava ancora la soddisfazione di uno dei più intimi e vitali bisogni. Pure sarebbe difficile sostenere che si trattasse d'una successione universale, poichè il Monastero dovea sì pagare i debiti [20], ma non certo *ultra vires;* ed anzi, contro l'opinione dei civilisti, i canonisti sostennero sempre e vittoriosamente che il Monastero succedeva nei beni *directe et immediate ex jure suo*, non già *mediante persona religiosi* o in rappresentanza di questa, tantochè si prendeva i beni anche lui nolente ed anche le eredità che egli ripudiava. [21]

Il Maine [22] ha dimostrato luminosamente che la *successio in universum jus* è una conseguenza dell'*unità di famiglia* della antica società. La famiglia ha questo di comune con ogni corporazione, che essa *non muore:* almeno tale è la sua tendenza, e la morte degl'individui in essa non ne interrompe la vita;

[17] Gaius iv § 38, iii § 84; dovendo riguardarsi come storicamente posteriore il passaggio delle obbligazioni nell'arrogante *nei limiti del peculio* (Inst. loc. cit. — l. 42 ff. 15. 1. — l. 45. ff. 1. 7. — l. 7. ff. 33. 8). e il rimedio della *restituzione* pretoria (l. 2. § 1. ff. 4. 5. — Paul. I. 7. § 2 — Gaius loc. cit.) (cf. Sintenis, *Pract. Civilr.* iii § 139).

[18] Anche inesattamente era annoverata tra le *successiones per universitatem* l'*emptio bonorum* (pr. Inst. 3. 13.), poichè chi comprava all'asta i beni del debitore condannato, pagava *con essi* e *fino a concorrenza di essi* i creditori, e si pigliava il rimanente: "quod si diffidebat ne paria facere posset, tum antequam emeret, cum creditoribus decidebat, itaque ad emptionem accedebat." (Teophil. ad d. tit. de success. sublata). Neppure il *Fisco,* come vedremo, era un vero *successore*.

[19] Conc. Trid. sess. xxv cap. 2.

[20] l. 20 Cod. 1. 3. Auth. *nunc autem*.

[21] Cf. De Luca, *De Regular.* disc. 49. n. 10, disc. 56. n. 3.- *De alienat.* disc. 20.

[22] H. Sumner Maine, *Ancient Law*, ch. vi.

quindi non interrompe neppure il complesso dei rapporti di cui essa, come *unità giuridica*, è il subbietto, cambiando solamente il *rappresentante* di essa unità ad ogni capo che muore; di fronte alle altre unità giuridiche essa continua a vivere finchè havvi un rappresentante che tratti a nome e per conto di lei. L'attuale successione legittima intestata è appunto un avanzo dell'antica unità di famiglia.

L'*adozione* nel diritto indiano, il *testamento* nel diritto romano, furono i due grandi surrogati immaginati per continuar la famiglia là dove sarebbe naturalmente venuta meno, e, colla famiglia, la rappresentanza patrimoniale. L'erede allora era un *familiae emptor,* e succedeva immediatamente, per l'antico diritto, nella direzione della casa e del patrimonio, succedendo perciò irrevocabilmente nei beni e nei debiti, anco vivente il testatore, il quale diveniva per ciò stesso *sub potestate.*

Ma quest'ultimo partito non è più possibile quando all'unità giuridica *famiglia* si è sostituita l'unità giuridica *individuo;* imperocchè allora la *patrimonialità* (personalità giuridica) si confonde coll'*esistenza individuale* (personalità fisica), e la *successio in universum jus* presuppone la morte.

Nelle condizioni attuali della società nessun mezzo rimane all'individuo di spogliarsi della sua qualità di socio attivo, di *subjectus juris,* di cancellare perciò da sè il carattere giuridico patrimoniale. Ora come tale e in siffatta qualità, esso rimane, checchè faccia, investito di tutte le obbligazioni che lo gravano, vale a dire conserva tutti i suoi rapporti giuridici patrimoniali colle altre persone; in altri termini, conserva sempre il suo *patrimonio,* il quale *ossibus inhaeret.*

Ed è un equivoco quello in cui cade il TARTUFARI, quando, partendo dal supposto d'un doppio senso giuridico della parola *patrimonio,* e ammettendo che il primo senso sia quello di unità giuridica che s'incentra nella persona formando un tutto di lei e dei suoi beni, ritiene che come obbietto di trasmissione esso si presenti in un secondo senso, in quello cioè del complesso dei beni come contrapposto alla persona cui appartengono, o meglio, il complesso dei suoi diritti e delle sue

obbligazioni, dei collegamenti e rapporti giuridici [23] in cui la persona si trova.

Che *patrimonio* abbia un secondo senso, non giuridico veramente, ma di cui il diritto deve tener conto, lo vedremo anche noi in seguito. Ma quello assegnato dal TARTUFARI è erroneo.

L'equivoco consiste nel credere che dopo dedotto (se fosse possibile) il complesso dei collegamenti giuridici da una unità particolare, rimanga in essa qualche cosa di concreto, di giuridicamente apprezzabile. No, questo complesso è tutta *l'unità* patrimoniale. Somiglia all'equivoco degli spiritualisti che distinguono un *io,* principio speciale, dal complesso dei sentimenti, delle idee, degli stati di coscienza che occupano il cervello in ciascun momento, mentre questo complesso per l'appunto è tutto l'*io.* Il subbietto dei diritti e delle obbligazioni non è un *quid* diverso ed esterno al patrimonio; al contrario è proprio questo, *preso nel suo insieme,* il subbietto di tutti i rapporti giuridici. La volontà individuale dentro di esso non rappresenta che la *forma,* l'elemento unificatore, non già un termine materiale, che si contrapponga all'altro dei *beni* siccome *subbietto* a *obbietto.* Il quale patrimonio, in mezzo al variare multiforme delle sue manifestazioni, permane sempre identico nella sua personalità, per l'impronta conferitagli dalla volontà individuale. Astraete questo contenuto materiale dalla forma in cui è unificato, ed esso cessa perciò stesso di essere una unità, cessa di essere un patrimonio.

È perciò che se anche una persona trasferisce tutte le sue proprietà corporali e incorporali, con cessione di tutti i suoi crediti, a un'altra, che acconsente contestualmente a caricarsi di tutti i suoi debiti, non per questo quella si è spogliata del suo *patrimonio,* nè la seconda ha acquistato altro che *cose, diritti* e *oneri* singolari.

Tutto il contenuto materiale visibile del patrimonio è al-

[23] Per intenderci, io chiamo *collegamenti* i vincoli di appartenenza delle cose o dei beni nel patrimonio, quindi la *proprietà* e i così detti *diritti reali;* chiamo *rapporti* i diritti propriamente detti (*obbligationes*), che suppongono, come ogni rapporto, due termini, uno attivo e uno passivo.

lora sparito, ma il patrimonio resta *etiam si in eo nihil sit;* poichè ciò è proprio di queste unità giuridiche, che hanno un'esistenza essenzialmente *formale*, e lo dice ULPIANO espressamente del *peculio* (l. 30 pr. ff. 15. 1.) e dell'*eredità* (l. 13. § 13 ff. 5. 3.). Ed è strano che il TARTUFARI, nel porre in rilievo, come fa, questo carattere dell'universalità patrimoniale, non s'avvegga che esso oppone un ostacolo insormontabile alla sua trasmissibilità. Poichè esso significa che ciò che costituisce in unità il patrimonio è una forma estrinseca alle cose che lo compongono, è ciò che lo caratterizza patrimonio di *Tizio,* patrimonio di *Caio* ecc., vale a dire, è la personalità giuridica in cui si concretà; senza di che l'unità si sfascia in una pluralità sconnessa e senza *nomen juris.*

E quando diciamo che il patrimonio rimane *etsi in eo nihil sit,* intendiamo *nihil corporale* (come pur si esprimono a volta le fonti)[24]. Poichè abbiamo già dimostrato sopra che un substrato patrimoniale è immancabile attorno ad una attività volitiva, e da lei inseparabile. A questo si aggiunge spesso una complesso di facoltà per sè separabili dalla personalità fisica, ma pure intrasmissibili (p. e. i diritti di pensione, d'abitazione, d'uso ecc.), i quali in ogni caso resterebbero a costituire una obbiettività patrimoniale, anche dopo la donazione di tutti i beni. Le stesse necessità dell'esistenza esigerebbero in quest'ultimo caso la costituzione di simili diritti.

E che difatti il patrimonio del vivente rimanga presso di lui con significato *reale* e non solamente *formale,* anche dopo detratte, mercè il trasferimento, le singole cose di cui constava, risulta non solo dalla conservata capacità d'obbligarsi e d'obbligare, di produrre, di acquistare e di tornare a possedere (poichè si potrebbe dire che da quel momento incominci una nuova serie patrimoniale, un *nuovo patrimonio*), ma dal perdurare, attraverso i nuovi rapporti e collegamenti, dei vincoli indotti da rapporti e collegamenti anteriori, non escluso lo stesso rapporto in cui consiste il trasferimento.

E di vero, nessuno sosterrebbe di fronte al disposto dell'art. 1271 c. c. (che consacra una massima giuridica *mai* di-

[24] V. l. 3 § 1. ff. 37. 1. — l. 50. pr. ff. 5. 3.

sputata), che la cessione d'un patrimonio, quand'anche vi siano espressamente connessi i debiti di cui il cessionario accetti l'accollo, valga a far perdere ai creditori le rispettive azioni verso l'antico debitore, salvo che non aggiungano *singulatim* le loro dichiarazioni di volerlo liberato. E ciò armonizza col disposto dell'art. 1948, che ci fornisce la vera portata del vincolo obbligatorio: " Chiunque sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e *futuri* ". Quest'ultima espressione basta a dimostrare che vincolato è lo stesso centro patrimoniale, il quale ha un bel privarsi di tutti quanti i suoi beni attuali; ma poichè non si priva della potenzialità giuridica di ricostruire una sostanza patrimoniale analoga alla ceduta, esso si trova egualmente vincolato di prima; e ciò significa che di fronte al diritto, quello non è un nuovo patrimonio, ma un nuovo sviluppo dell'identico patrimonio.

Che anzi lo stesso atto che si pretenderebbe capace di separare con un taglio netto la vecchia dalla nuova patrimonialità, crea in sostanza un nuovo rapporto giuridico (fra donante e donatario), il quale suppone necessariamente una *persistenza* della patrimonialità del donante, tanto da conferirle perfino il diritto di *revocare* la donazione nei casi previsti dalla legge, e da tenerla soggetta all'obbligo della *garanzia* per *l'evizione*, se la donazione fu accompagnata da *oneri* (art. 1077 n. 3); lo che sarebbe inconcepibile, se il patrimonio, nella sua sorgente attiva non fosse rimasto sempre dov'era, pronto a riattirare nella sua orbita, nelle emergenze determinate dalla legge, la materia patrimoniale di cui si era privato, e in rapporto permanente con essa e col patrimonio nella cui orbita questa è caduta.

Queste considerazioni ci dimostrano come anche nelle donazioni che abbraccino *beni presenti e futuri* (di cui faremo cenno più oltre) il donante non si spossessi e non possa spossessarsi *ipso facto* del patrimonio. Anche allorchè l'effetto di queste donazioni sia quello di spossessare dei beni presenti, è certo che ciò accade, in ordine ad essi, colle limitazioni naturali testè accennate, nascenti dalla preesistenza della personalità fisica e giuridica, nel donante; e quanto ai beni futuri, anche

se l'effetto della donazione in riguardo ad essi si spieghi prima della morte del donante (lo che vedremo non essere il caso ordinario), il diritto del donatario sui medesimi non può apparire e svolgersi che in forma di *credito* o *diritto personale* da esperirsi volta per volta contro il donante, a misura che acquista; oppure (più praticamente) sotto forma di un *costituto possessorio*, che importa nel donante la riserva di possedere ed amministrare pel donatario, lo che implica pure un rapporto giuridico fra due patrimonialità.

Dunque donazione del patrimonio, che vuol dire donazione *universale — inter vivos*, è impossibile. [24a]

Se il patrimonio, come unità formale o indivisibile, rimane sempre là dove si trova l'elemento formale unificatore, vuol dire che la materia patrimoniale trasmessa, in qualsiasi misura sia stata trasmessa, non rappresenta che un frammento staccato di questa unità, la quale non cessa neppure alla morte della persona, ma da questa si trasmette intatta all'erede (*hereditas* — etiam sine ullo corpore — ma con tutti i vincoli personali) come rappresentante e continuatore di quella e perciò investito del patrimonio.[25]

Nè quel frammento potrebbe pretendere al titolo di *unità* per sè stante poichè gli manca appunto il cemento che tenga insieme le sue parti disgregate e dia loro un *nomen juris.* Ciò che si trasmette pertanto in una donazione così detta univer-

[24a] Non fa eccezione a questo principio il caso della *divisio inter liberos* mercè donazione universale dell'ascendente ai discendenti, sebbene io ritenga che *per finzione di legge* (non però nella realtà) debba riguardarsi per certi effetti come *anticipata successione* (v. la mia nota alla sent. *Lombardi*, della Cassaz. di Roma, nella *Corte Suprema* vol. IX p. 1013).

[25] L'*eredità* non può èsser duplice appunto perchè si confonde colla personalità, che è unica. A ciò non fanno eccezione i casi di una doppia distinta patrimonialità riunita apparentemente in una sola persona fisica, poichè allora vuol dire che questa, oltre essere investita del patrimonio proprio, ha la *rappresentanza legale* di un'altra personalità giuridica e quindi di un'altra patrimonialità. Un eccellente esempio di questo caso ce l'offre il *feudatario,* il quale aveva, come è noto, un doppio patrimonio, il feudale e l'allodiale, uno distinto dall'altro, donde una doppia eredità che, sebbene proveniente dalla stessa persona, rimaneva distinta anche per gli oneri di fronte ai creditori. Ciascuna delle due eredità rispondeva esclusivamente dei debiti fatti in *occasione*, o *riguardo* della medesima, e poteva l'una esser creditrice dell'altra (V. De Luca

sale non solamente non è il patrimonio, nel suo vero e proprio significato giuridico, ma non è neppure una *universitas.*

Senza senso resta pertanto l'altra distinzione su cui pur vivamente insiste il TARTUFARI fra *titolo universale* e *obbietto universale*, quasi che l'universalità, esclusa dal titolo della trasmissione, potesse riaffacciarsi con identico effetto applicata all'obbietto trasmesso. Certo, si può per titolo singolare acquistare anche una *res universa*, come un gregge (l. 1 §. 3 ff. 6. 1.); ma se la massima regge (e non senza contrasto) per le così dette *universitates facti*, o aggregati di corpi della medesima specie *uni nomini subiecta* (l. 30 ff. 41. 3.), non è già più applicabile alle così dette *universitates juris* come il *peculio.*[26] Queste non sono *cose*, ma *jura*, e solo *fictione juris* e per gli effetti determinati dalla legge sono *unità*. Un *jus universum* non può acquistarsi che *per universitatem*, cioè mercè *titolo universale* di trasmissione. V'è dunque circolo vizioso nella distinzione che fa il TARTUFARI, poichè *successore universale* è appunto quegli in riguardo al quale la legge considera trasmissibile una università; cioè, è il titolo che fa l'oggetto universale.

Visto che la donazione d'un patrimonio, accompagnata dalla stessa espressa accollazione dei debiti, non è donazione del *patrimonio in senso giuridico*, cioè non costituisce *successione universale* nè pel titolo nè per l'obbietto, molto meno può darsi questo significato alla donazione di tutti i beni che dei debiti non contenga menzione. Imperocchè se il *patrimonio* non si può donare, nè altrimenti trasmettere tra viventi per una radicale impossibilità di logica giuridica, vuol dire che l'obbietto della donazione espressa sotto la qualifica del *patrimonio* non è se non la *parte trasmissibile del patrimonio*. La qual parte

de feud. disc. 23). Ma ciò avveniva perchè mentre l'allodio era il patrimonio proprio privato della persona, il feudo (che avea natura di dominio pubblico) consideravasi a guisa d'una personalità a sè, di cui il feudatario non era che il rappresentante o amministratore. "Quia castrum (dice la glossa richiamata dal CAPYCIO *Decision. Neapolit.* dec. 1 n. 8) et sic feudum est homo mutus et surdus utens ministerio feudatarii apud quem consistit, ut suo loco et vice sui tamquam pica et organum gerat. „

[26] "Vindicatio non ut gregis ita et peculii recepta est sed *res singulas* is cui legatum peculium est petat „ (l. 56. ff. 6. 1.)

come non comprende *tutti* i diritti che stanno nell'attivo patrimoniale, così non comprende assolutamente le *obbligazioni* che tengono vincolata la persona del trasmittente.[27] (Altro è, s'intende, degli oneri e pesi *reali*). Che se anche l'accollo dei

[27] Vi saranno compresi i *crediti?* e perchè questi, e non i *debiti?* La ragione della differenza va segnalata. Il vincolo obbligatorio, come tale, non è suscettibile di trasmissione o di successione fuorchè a titolo universale (cioè successione nella personalità); così infatti l'hanno intesa sempre i Romani, e, per i debiti, questa opinione merita ancora a mio credere incondizionata adesione. Gli è che il vincolo obbligatorio è un rapporto che ha come termini essenziali le persone tra cui si attua. Sostituire un nuovo subbietto nel rapporto vuol dire sciogliere il nodo che legava il primo e formarne un altro col secondo, cioè creare un *nuovo rapporto* (comunque avente lo stesso contenuto); e ciò vale tanto per la sostituzione del debitore che per quella del creditore. Ma il credito ha questo di speciale, che esso non è solamente termine d'un rapporto, ma stabilisce nel patrimonio in cui si trova qualche cosa di concreto, d'impersonale, di separabile, l'*actio*. Questa fin dal diritto romano era trasmissibile pur rimanendo nel creditore l'*jus obligationis*. Ma l'evoluzione economica ha fatto talmente progredire l'autonomia del credito, da toglier via ogni importanza alla distinzione fra l'*actio* e l'*jus*. Il credito è venuto via via acquistando col progresso economico la natura e le qualità della merce (colla differenza d'una molto maggiore *volatilità*, per così dire); e l'evoluzione giuridica, dovendo adattarsi ai risultati della economica, non può non riconoscere nel diritto (colle debite limitazioni) la trasmissibilità del credito. Nulla di simile può dirsi pel debito, e male perciò, a mio credere, alcuni scrittori tentano di argomentare dalla trasmissibilità dei crediti a quella dei debiti. Il vincolo obbligatorio impegna molto diversamente le due parti vincolate: da una parte imprime nel patrimonio dell'obbligato una *tendenza centrifuga* che affetta (in favore del creditore) l'intiera patrimonialità, senza fissarsi in nessuna parte determinata, anzi avente la sua sede nel centro stesso di quella; dall'altra crea una *aspettativa* che si aggiunge alla patrimonialità già esistente come un nuovo acquisto. Quella (la tendenza) è una servitù dell'intiero patrimonio debitore al creditore che lo domina, facoltà passiva, inseparabile dal patrimonio stesso che la subisce suo malgrado; questa (l'aspettativa) è un sovrappiù dell'attività patrimoniale che può prender forma concreta e autonoma e la prende infatti, non solo nel *titolo* che la consacra ma nell'*actio* o *facoltà d'agire* che si schiera come uno degli elementi del patrimonio, obbietto possibile di disposizione e di scambio, e nello stesso codice civile considerato come obbietto di proprietà (V. l'art. 1538 che consacra la *proprietà del credito*). E che difatti quella non sia separabile risulta dalla necessità (imprescindibile e perciò portata da tutte le legislazioni) del consenso del creditore alla delegazione del debito; il quale atto, per quanto vogliasi sofisticare ha per risultato naturale e immancabile la costituzione di un nuovo rapporto giuridico fra l'accollatario e il creditore, sia o no accompagnato dalla liberazione del primo debitore. Invece la cessione del credito si porta a cognizione del debitore, ma non ha mestieri del suo consenso. Insomma *subtilitate juris* dovrebbe dirsi intrasmissibile anche il credito, ma la sua trasmissibilità è una conquista economica che s'è imposta al diritto.

debiti voglia ritenersi implicito *praesumptione juris* in siffatto rapporto contrattuale, ciò non sarà mai in virtù della qualità *universale* dell'obbietto trasmesso, che in sè li coinvolga, ma tutt' al più in forza d'una presunzione di volontà dei contraenti il cui esame ci è ancora riservato, e che ha effetti evidentemente differenti.

Ma dovrà dirsi lo stesso anche se l'obbietto donato sia un'*eredità?* Crediamo di sì.

La donazione *d'una eredità* non è la stessa cosa della donazione *del patrimonio.* L'eredità è realmente un *jus universum*, una *universitas juris* avente esistenza obbiettiva comprendente debiti e crediti, oltrechè cose corporali, ed è questo complesso come tale che va a formare obbietto di contrattazione (Dig. 18. 4. — Cod. 4. 39 — Art. 1545 Cod. Civ.). Pure il *jus hereditarium*, essendo inerente alla persona dell'erede, non può *per se stesso* essere obbietto di contrattazione, ner le considerazioni già esposte, relative alla inseparabilità delle obbligazioni. La natura dell'obbiettività trasmessa in questo caso, ben diversa da quella dell'obbietto d'una donazione del patrimonio composto dei beni presenti, deve portare anche ad una diversità dei risultati. Ma di questa ragioneremo a suo tempo, e per affinità di argomento vedremo allora quali effetti accompagnino la donazione dei beni presenti e futuri, per rapporto ai debiti del donante. Intanto però devesi concludere che successione universale in una donazione *inter vivos*, sia pure d'un patrimonio, sia pure d'una eredità, sia pure dei beni presenti e futuri, non si ha mai.

Questa conclusione era accolta già in diritto romano, come risulta esplicitamente, per le donazioni dalle ll. 15, 22 e 24 Cod. donat 8. 54, e per la vendita della eredità dalla l. 2 Cod. her. vend. 4, 39; e deve esser mantenuta.

Per quel che più specialmente riguarda le donazioni dei beni presenti, aggiungeremo che tra le conseguenze pratiche che si riverberano da questo rapporto di diritto, ve ne sono tre generalmente accolte, che dimostrano spiccatamente l'insostenibilità giuridica di questa prima costruzione, ora confutata. E sono le seguenti:

1. I creditori conservano indubbiamente le loro azioni con-

tro il debitore donante e suoi eredi, e nessuno negherebbe loro lo sperimento delle medesime nei casi in cui essi lo trovassero fruttuoso, per la cambiata condizione del donante o per la solvibilità degli eredi. Dunque *successione* non vi fu; il donatario se restò obbligato ai debiti, restò obbligato *accanto* al debitore, non *in luogo* di lui; lo che non è *succedere.*

2. Il donatario che non s'è accollato il debito non potrebbe essere tenuto *ultra vires* del patrimonio donato. Questa esigenza è tenuta ferma generalmente anche dai partigiani della *successione.* Ma ciò significa che il *debito* non è passato nel donatario. E quì merita menzione l'opinione del Tartufari il quale crede che quando il carattere *universale* della trasmissione si ripeta dall'*obbietto* anzichè dal *titolo*, resti giustificato e reso naturale anche il *limite* della trasmessa obbligazione fino alle forze attive del patrimonio donato.[28] Ma questa è una singolare illusione. Se l'ente patrimonio è, come tale, composto di beni e di obbligazioni, e l'una serie come l'altra vengono *contemporaneamente trasmesse* al donatario nella loro integrità, questo nella loro integrità le riceve, e non può essere ammesso a fissar loro un limite solo perchè ne risentirebbe danno il patrimonio suo. La considerazione del danno o del vantaggio di quest'ultimo è totalmente estranea al rapporto, quando questo voglia regolarsi dietro la nozione della cosa trasmessa. Potrà forse ricavarsi da altre considerazioni (di che in seguito), ma intanto è certo e di logica inesorabile che, accettata la premessa: il patrimonio trasmesso colla donazione comprende le attività e i debiti del donante, non possa ricusarsene la conseguenza: che cioè il donatario come si giova di *tutte* le attività così debba sottostare a *tutte* le passività. E se questa conseguenza è assurda, perchè contraria all'*jus receptum*, vuol dire che è falsa la premessa.

[28] "La differenza fra le acquisizioni a titolo universale e le acquisizioni di una universalità a titolo particolare consiste in questo, che laddove nelle prime come nelle successioni ereditarie le obbligazioni dell'autore si travasano, per così dire, dalla persona di lui in quella del successore, nelle seconde vi sono portate dalla stessa cosa acquistata. Ed ecco perchè le obbligazioni che potrebbero dirsi *ex persona,* nel successore, come l'erede, non trovano limite, e astringono anche *ultra vires* dell'università trasmessa, mentre le obbligazioni *ob rem* hanno il

3. I creditori possono far *revocare* coll'azione pauliana l'atto con cui il debitore si spogliò, a loro danno, del suo patrimonio. Anche questa è massima incontroversa. Ed il TARTUFARI crede di poterla volgere a vantaggio della sua tesi, così argomentando: " Se non s'intendesse che l'universo patrimonio fosse donato congiuntamente ai debiti e pesi, l'azione pauliana e il disposto dell'art. 1235 colpirebbe la donazione. E l'azione avrebbe per effetto naturale di costringere il donatario o a soddisfare ai debiti e pesi o a lasciare che fossero soddisfatti sui beni donati. La qual cosa, siccome ridurrebbe la donazione all'*id quod superest deducto aere alieno,* consiglia a metter da banda il pensiero della frode e sostituirgli la natural presunzione che le parti abbiano inteso di trasferire il patrimonio nella vera sua universalità coi debiti e pesi che ne formano parte inseparabile ". Ciò equivale a dire ai creditori: è inutile far annullare l'atto, dacchè potete e dovete farvi pagare dal nuovo debitore che è succeduto all'antico. Ma la legge non offrirebbe così ai creditori una difesa troppo generosa; poichè la *successio in universum jus,* sostituita alla presunzione di frode revocativa dell'atto, avrebbe per loro questo duplice effetto: 1. di far loro perdere ogni speranza sul futuro patrimonio del debitore o dei suoi eredi; 2. di metterli in concorso coi creditori del donatario, nel cui patrimonio quello del donante si sarebbe confuso, e così di porli in pericolo di vedersi assorbito dai primi anche l'intiero patrimonio (su cui non avessero diritti ipotecarii).[29] E se si pensa che in compenso di quest'alea non avrebbero la speranza di veder allargato, col passaggio, l'effettivo patrimoniale sottoposto alla loro azione esecutiva, non si dirà che i creditori avrebbero di che rallegrarsi di una tal legge. Ma il danno dei creditori deve essere invece la massima preoccupazione del legislatore nel tener d'occhio simili rapporti; e sembra che così l'intendessero i giureconsulti romani che ci tramandarono il precetto " quamvis non proponatur consilium frau-

loro limite naturale nella cosa stessa e non espongono il donatario al di là della sostanza conseguita. " (TARTUFARI — loc. cit.) L'illustre A. dimentica certamente che la *cosa* trasmessa è lo stesso *patrimonio preso insieme coi debiti.*

[29] Di fronte all'erede avrebbero almeno il beneficio della separazione.

dandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse „;[30] precetto che ha pieno vigore tuttora, e che non potrebbe essere efficacemente sostituito, come abbiam visto, nella ipotesi da noi confutata.

B.

I debiti s' intendono dedotti dal patrimonio donato.

In un notevolissimo studio sulla *successione nel debito*, un giurista alemanno[31] trattando incidentalmente la presente questione, dopo respinta l'opinione che i debiti vengano trasmessi insieme coll'attivo nella donazione del patrimonio, soggiunge che ciò non toglie che il donatario sia tenuto ai debiti, imperocchè subentra il principio di diritto romano che il patrimonio sia " die Summe von Rechten welche dem Inhaber nach Abzug der Schulden übrig bleibt „[32] (bona sunt quae deducto aere alieno supersunt).

Ciò equivale all'espressione: chi dona il patrimonio dona un *valore* il cui ammontare risulta dalla quantità attiva diminuita della passiva (dona, cioè, l'*attivo netto*).

Ma *donare il patrimonio* è veramente equivalente a *donare il valore del patrimonio?*

Che il patrimonio sia riducibile in un valore e si riduca tale per chi lo possiede (dem Inhaber), non v'ha dubbio. Se io ho fra beni immobili, mobili, denari, crediti ecc. (attività trasmissibili) L. 50 mila con 20 mila di debiti, io ho in complesso un valore netto di L. 30 mila; al quale converrebbe aggiungere un contingente più o meno esteso di beni indisponibili e perfino invalutabili (diritti strettamente personali, facoltà, capacità, potenza produttiva, forza di lavoro, ecc.), di cui possiamo non tener conto, ma che non potrebbero bandirsi da una esatta valutazione dell'attività patrimoniale. Ma ciò non signi-

[30] l. 17. § 1. ff. quae in fraud. (42. 8).
[31] H. GÜRGENS, *Die Singularsuccession in die Schuld* — (Iahrb. für die Dogmatik des röm. und deutsch. Privatrechts, VIII Band, p. 221).
[32] Loc. cit. pag. 266.

fica nulla per sè solo dinanzi al fatto della *trasmissione* del mio patrimonio in altri.

E anzitutto dal potersi un patrimonio esprimere in funzione di valore non si trae che l'ente patrimonio e il suo valore siano termini sinonimi, e che trasmettere una cosa o un aggregato di cose sia trasmettere un valore. Ciò non è vero neppure per l'*hereditas*, che pure è fra le *universitates* quella che ha meno delle altre carattere *corporale;* e di vero nella eredità vengono le cose, non il loro valore: *sine dubio* (è Ulpiano alla l. 20 § 12 ff. pet. her. 5. 3) *non praetia rerum sed ipsae res veniunt in petitione hereditatis.* Ed è illegittima la contraria argomentazione del Tartufari, basata sul disposto eccezionale del senato-consulto *de hereditatis petitione,* che provvide al caso speciale in cui il possessore *di buona fede* delle cose ereditarie le avesse distratte, e vi provvide ordinando che in tal caso potesse il presunto erede restituire all'erede vero " praetia quae ad eum rerum ex hereditate venditarum pervenissent " (l. 20 § 6 eod.). Questo non significa punto che l'eredità sia surrogabile dal suo valore: è uno speciale provvedimento di tutela dovuta alla buona fede che nulla toglie al rigor dei principî, e che ha esatto riscontro negli art. 933, 1545 e 39 del nostro codice. La stessa locuzione " pretia *rerum ex hered. venditarum* " ci avverte che si tratta di alienazioni di cose singole, e che tale è il significato dell'*hereditatem vendiderunt.* L'eccezionalità poi del caso sta a confermare la regola che dove siffatta tutela della b. fede non sia in campo, il contenuto della trasmissione ereditaria non è già il *valore,* ma il complesso delle cose corporali e incorporali, diritti e obbligazioni, che costituiscono l'*universitas,* nella loro *reale entità.*

Ciò vale anche per l'alienazione d'una eredità tra vivi; cioè l'obbligazione del trasmittente è per le *cose* non pel *valore* delle medesime. Lo dicono espressamente la l. 97 ff. verb. sign., e la l. 14 § 1 ff. her. vend. (18. 4.) [33]

[33] " Cum stipulamur: Quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenisset, *res ipsas,* quae pervenerunt *non pretia earum* spectare videmur " (l. 97 ff. 50. 16.). -" Si hereditas venierit venditor *res hereditarias* tradere debet; *quanta* autem hereditas est nihil interest. " (d. l. 14 § 1.).

Ora tornando alla trasmissione del *patrimonio,* dal momento che il *patrimonio* come *jus universum* non può trasmettersi, poichè contiene parti intrasmissibili come abbiamo veduto, noi non possiamo nel così detto *patrimonio trasmesso* ravvisare *lo stesso ente* che costituiva il *patrimonio del trasmittente,* ma solo *una parte* di esso. Ciò risulta da quanto si è finquì discorso.

E principalmente, *nel patrimonio trasmesso non sono comprese le obbligazioni personali del trasmittente;* quindi se una illazione logica può trarsi da questa premessa, ell'è che il *valore* del patrimonio trasmesso non coincide, anzi quasi immancabilmente diversifica da quello del patrimonio del trasmittente. Irrazionale è pertanto la traduzione del patrimonio, obbietto di trasmissione, in termini di valore, quando appunto il valore di esso è diverso nei due momenti in cui si considera. In tanto il valore del mio patrimonio è 30, in quanto dall'attivo 50 io debbo detrarre un passivo di 20, che è costituito dalle mie obbligazioni personali; ma se queste restano fuori del contenuto della obbiettività trasmessa, per ciò stesso il *valore trasmesso* non sarà più 30, ma 50. Solo se *insieme coll'attivo* io avessi trasmesso anche i debiti, sarebbe 30, come è per me trasmittente.

La traduzione del patrimonio nel suo valore non toglie del resto l'inconveniente segnalato nella prima posizione. Poichè se l'impegno del donatario ai debiti deve derivargli dal senso della voce *patrimonio*, la quale implichi una liquidazione dell'attivo e del passivo colla relativa deduzione di questo da quello, e riconduca necessariamente (come si esprime il Tartufari) all'idea " di un valore pecuniario, espresso in funzione di numeri ", non potrà evitarsi la solita illazione logica, che cioè questo residuo numerico possa essere una quantità positiva come una quantità indifferente (uguale a zero), o anche negativa. L'acquirente del *valore* bisogna che sottostia egualmente a ciascuna di queste tre eventualità; ed ecco il solito corollario della responsabilita *ultra vires* che una costruzione scientifica deve ad ogni costo evitare pel donatario non accollatario, e che la logica invece porta con sè anche qui ad ogni costo. E di vero la

differenza fra questa posizione e la prima sta unicamente nel *momento* in cui fa operare la liquidazione dell'attivo e del passivo; ma o si faccia prima o dopo della trasmissione, la conseguenza sotto questo rapporto è la medesima: il bilancio può lasciare un *deficit* come un *attivo netto;* e se l'uno come l'altro non cessano di costituire il *patrimonio,* obbietto della trasmissione, l'uno come l'altro devono far capo al donatario, al quale in tal guisa si fa correre un'alea che contrasta colla stessa natura e col concetto della donazione.

Ma a parte ciò, vediamo quali conseguenze deducano da questa seconda costruzione coloro che la propongono.

Ciò che se ne deduce più comunemente si è che il donatario che ha ricevuto la consegna di tutto l'effettivo patrimoniale resti obbligato " a difendere il donante contro i suoi creditori fino a concorrenza del patrimonio donato ". [34]

Ma su che si fonderebbe tale obbligazione? Io confesso che non so vederlo. Si presuppone naturalmente (in base al senso dato qui alla parola *patrimonio*) che il donatario abbia avuto più di quello che doveva avere. Ora ciò non può essere accaduto che in due modi. O il fatto della consegna (dell'intiero attivo) non è in armonia col contenuto della promessa (il solo attivo netto), e allora vuol dire che il donante *ha consegnato più di quello che doveva.* O la promessa era in armonia col fatto della consegna e tuttavia questa non tiene, e allora vuol dire che il donante *ha promesso più di quello che poteva.* Da queste due posizioni parmi che non si esca.

Il disaccordo tra il fatto della consegna e il contenuto della promessa occorre che non sia dovuto (si noti bene) alla intenzione e volontà delle parti, diverse nei due momenti della promessa e della esecuzione; imperocchè se le parti stipulando avessero convenuto la donazione del patrimonio-valore o attivo netto, e poscia, *cambiando pensiero,* avessero contrattato l'intiero attivo patrimoniale, nulla impedirebbe a questo secondo

[34] " Es muss.... der Erwerber des Vermögens für verpflichtet gehalten werden, die Defension des Veräussernden gegen seinen Gläubiger bis zum Betrage des erworbenen Vermögens zu übernehmen " (GÜRGENS loc. cit. p. 266.)

accordo volitivo (se non vietato dalla legge) di avere il suo effetto. Ora se chi promise l'attivo *netto* consegna invece l'*intiero, perdurando tuttavia nella medesima volontà,* bisogna supporre o che egli sia in errore o che le parti intendano provvedere diversamente alla separazione del passivo. In questo secondo caso si ha l'accollo o la promessa di pagare i debiti o di rilevarlo dalle molestie dei creditori, fatta dal donatario al donante. Solo da un impegno simile espresso o sottinteso, siamo autorizzati a dedurne la conseguenza enunciata dal GÜRGENS e dagli altri partigiani della stessa tesi. Ma allora è chiaro che noi siamo fuori affatto dalla attuale posizione, e tutta la base della costruzione è la presunzione del tacito accollo, ossia la terza posizione (di cui più oltre), rendendosi allora affatto inutile la nozione del *patrimonio-valore.*

Resta l'ipotesi dell'*errore,* che autorizzerebbe ad attribuire una specie di *condictio indebiti* o *sine causa* al donante, che avrebbe pagato *ciò che non doveva.* Tale infatti è la costruzione tentata da qualche scrittore tedesco [35] per la tesi di cui parliamo. Per verità essa non mancherebbe di indiretti appoggi nelle fonti [36]. Ma il suo lato debole è proprio il punto di partenza, il presupposto cioè dell'errore o ignoranza del donante. Presupporre che uno ignori l'esistenza dei debiti nel proprio patrimonio è inammissibile. Può, è vero, soggiungersi che basti l'ignoranza del diritto [37], ma, oltrechè questa tesi sarebbe molto controvertibile [38], è poi sempre una sforzatura partire dal supposto che il donante che consegnò tutto il suo patrimonio ignorasse che egli poteva ritenerne una parte per pagare i debiti. Ciò accadrà in questo e in quel caso, e il donante sarà ammesso a provare il fatto della sua ignoranza, ma esso non potrebbe mai elevarsi a presunzione legale d'ordine generale. Epperò da questa costruzione noi non potremmo ricavare una soluzione giuridica della questione se i debiti gra-

[35] V. SCHILLING, *Lehrb. für Instit. und Gesch. des röm. Privatrechts,* III § 362 not. ii — UNGER, *System,* § 97 not. 13.
[36] V. p. e. l. 22 § 1 ff. 12. 6. — l. 8 ff. 19. 1. — l. 45. ff. 12. 6. ecc.
[37] Trattandosi di evitare un danno (cf. ll. 7 e 8 ff. 22. 6.).
[38] Arg. l. 26 § 8 ff. 12. 6.

vino oppur no sul donatario; ma solamente, accettata che fosse, porterebbe a concludere che il donante può nei singoli casi esperire la *condictio indebiti* contro il donatario, *purchè provi* di avere ignorato o la esistenza dei debiti o la facoltà ch'egli avea di prededurne un attivo corrispondente, ed in questo caso ha diritto alla restituzione di quanto avea pagato in più.

Che se si vuol supporre l'esecuzione in armonia colla promessa fatta dal donante e accettata dal donatario, e nondimeno tener fermo il presupposto che il donatario abbia conseguito più del dovuto, convien dire che la promessa fosse *eccessiva,* impegnasse cioè il donante al di là *di quello ch'egli poteva.* La conseguenza di questo supposto sarebbe ad ogni modo non quella che generalmente se ne trae, ma puramente e semplicemente la nullità dell'atto per intiero o per la parte indisponibile.

Se non che una disposizione di legge o argomentabile da una legge, per la quale una parte del mio attivo trasmissibile sia resa intrasmissibile a causa dell'esistenza d'un corrispondente valore passivo, o in altri termini, per cui il proprietario abbia la libera disponibilità del solo *attivo netto* del patrimonio, non esiste o nessuno l'ha saputa indicare. Il valore passivo scema il valore attivo, ma non pone alcun vincolo alla disponibilità di beni che non siano *per sè stessi* vincolati. Tanto vero, che il debitore può disporre legittimamente dei singoli suoi beni mobili, immobili ecc. e spogliarsi così in effetto di tutto il suo attivo patrimoniale disponibile, anche a favore di una sola persona, anche a titolo di donazione, evitando di pronunziare la parola *patrimonio,* e nessuno direbbe che abbia agito contro legge, salva l'applicazione della *pauliana,* di cui abbiamo già mostrato lo speciale significato di rimedio straordinario non già al fatto illegale ma al fatto legale *cum fraude* consumato. I creditori potranno provvedere ai loro interessi *nel caso* che questo fatto li leda; ma se la lesione è evitata (p. e. il creditore trovi a rifarsi sul debitore che nel frattempo ha fatti nuovi acquisti, o esistano eredi solvibili senza beneficio d'inventario), o se sui beni trasmessi si acquistarono diritti da terzi di buona fede, l'atto rimane intieramente valido in tutti i suoi effetti giuridici.

Ciò che è lecito per le alienazioni in genere non è meno lecito in specie quando trattasi di donazione, salvo che una legge speciale (come l'antica legge *Cincia*) non porti speciali restrizioni.

Dunque il patrimonio donabile non è limitato per legge all'attivo netto, e tale limitazione, di fronte al fatto della consegna che vi contraddica non può farsi derivare che da più o meno plausibili presunzioni di volontà, estranee al presente campo.

Ma la tesi dell'*attivo netto* fa fondamento principalmente su alcuni testi romani, che è opportuno richiamare a compimento del suo esame.

Si è evocata anzitutto con insistenza la l. 12 ff. de donat. (39. 5.), per cui il donante non può esser convenuto dal donatario a pagare se non *in quantum facere potest;* in conseguenza di che egli ha diritto di *detrahere id quod debitoribus debetur*. Da ciò si è voluto argomentare che la parte attiva corrispondente all'entità dei debiti non sia compresa nella donazione, e quindi, consegnata che fosse, potesse e dovesse ripetersi.

Ma tale richiamo è estremamente inopportuno. Il diritto così concesso al donante da un rescritto speciale di Antonino si fondava sul *beneficium competentiae,* il quale (com'è noto) era un *favore personale* concesso a taluni, nel momento di mandare ad esecuzione la cosa giudicata contro di loro. Arrestava o temperava gli effetti del giudicato (era un'eccezione che si opponeva all'actio judicati), ma non toglieva nulla alla entità reale del debito.[39] Basti richiamare i tratti generali di questa figura giuridica propria del diritto romano imperiale. Godevano di questo beneficio il *socio* (l. 63 ff. 17. 2. — l. 16 ff. 42. 1.), il *genitore* (d. l. 16), il *militare* (ll. 6 e 18 eod.), il *patrono e la sua famiglia* (l. 17 eod.), *i coniugi tra loro* (l. 20 eod.), il

[39] “Ante omnia meminisse debemus eum qui ex donatione se obligavit, puta qui donandi animo stipulanti promisit rem vel pecuniam certam, *licet teneatur in solidum* tamen non damnari in solidum, sed in id tantum quod facere potest, ex constit. Divi Pii „ (CUJACIO in lib. XIV. Quaest. Paul. ad l. 41 de re judic.).

figlio di famiglia che non ebbe parte nell'eredità, per le obbligazioni contratte sub potestate (l. 2 ff. 14. 5, l. 49 ff. 42. 1.), e finalmente il *donante* (d. l. 12. ff. 39. 5., l. 19 § 1, l. 30, l. 49. ff. 42. 1., l. 54 ff. 24. 3., l. 33. ff. 23. 3., l. 28 ff. 50. 17). Il caso del donante (senza distinzione fra donazione e donazione) differiva dagli altri tutti, perchè il beneficio si estendeva alla deduzione dell'*aes alienum*. Ma la personalità del beneficio si scorgeva da ciò, che esso non passava all'erede, nè al fidejussore (ll. 24 pr. § 1, 25, 41 ff. 42, 1.)[40], e non poteva opporsi dal donante a un cessionario del donatario (d. l. 41), e neppure dallo stesso donante al donatario che agisse con azione *reale* anzichè *personale* (d. l. 41. §. 1.).

Bastano questi pochi lineamenti per mostrare quanto sia lontana questa figura dall'essere applicabile all'attuale rapporto.

Il suo fondamento giuridico è l'opportunità d'un *riguardo personale* verso certi debitori, che, sia per la loro speciale condizione, sia, più spesso, per lo speciale rapporto in cui si trovano col creditore, sarebbe iniquo venissero dal rigore del diritto portati a mancar del necessario alla vita.[41] Fra queste persone era in prima linea il donante, la cui obbligazione come quella che non dipendea da titolo di correspettività, ma era l'effetto di una liberalità spontanea, sorretta soltanto dalla promessa, non si considerava neppure come un *vero debito*. Se per gli altri bastava che non fosse il creditore ad esporli alla miseria, pel donante conveniva impedire che questa dura condizione (colle sequele giuridiche che portava con sè) fosse la conseguenza anco indiretta della sua liberalità. È perciò che nell' *in quantum facere potest* del donante si ha riguardo anche ai suoi debiti, onde non resti esposto, in seguito e a causa della donazione, alle persecuzioni degli altri creditori.[42] Quindi la sua condizione patrimoniale, di fronte al donatario attore,

[40] Cf. l. 63 §§ 1. e 2. ff. 17. 2, ll. 12 e 13 ff. 24. 3.

[41] " In condemnatione personarum quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est sed *et ipsorum ratio habenda est ne egeant* „ (l. 173 ff. de reg. jur.).

[42] " Pinguius donatori succurrere debemus quam ei qui *verum debitum* persolvere compellitur, *ne liberalitate sua inops fieri periclitetur* „ (ll. 49 e 50 ff. 42. 1.).

e all'effetto di limitare la condanna verso di questo all'*in quantum facere posset,* era considerata nell'attivo netto, cioè *deducto aere alieno.*

Ma questa regola è adattissima, come l'altra della *pauliana,* a fornirci per l'appunto la conferma della tėsi che i debiti *non* sono detratti ipso jure nell' importare della donazione, anco universale. Infatti da una parte il *beneficium competentiae* si estende a *qualunque donazione*, non riguarda il caso speciale della donazione universale; dall'altra, in qualunque donazione, ed anche nella universale, il donante può non valersi del *beneficium* che, come eccezione strettamente personale, non potrebbe davvero esercitarsi dai creditori a nome suo. E soprattutto la donazione *del patrimonio* non era donazione dell'*attivo netto;* poichè da una parte l'obbligazione era (vedemmo) per l'intiero attivo, mentre altrimenti non sarebbe stato necessario implorare il beneficium di fronte al donatario che l' intiero esigeva; sarebbe bastata la contestatio litis negativa: ed il beneficato vi potea rinunciare [43], e passato che avesse al donatario l'intiero attivo non potea ripeterlo. Dall'altra parte il beneficio si estendeva indubbiamente anche ai debiti contratti dal donante *dopo* la promessa di donare il patrimonio [44], i quali certamente non poterono entrare nella valutazione dell'*attivo netto* all'epoca in cui il patrimonio fu designato come obbietto della donazione, mentre non si estendeva a ciò che prima o dopo fosse ad altri promesso per egual causa di donazione. [45] E l'erede del donante non potea valersi di questo beneficio per separare l'attivo lordo, non solo nel caso che gli rimanesse di che pagare i creditori del proprio (lo che tuttavia sarebbe già inconciliabile colla tesi avversaria poichè l'*aes alienum* dovrebbe riguardarsi sul patrimonio trasmessogli dall'autore), ma neppure se egli non avendo di che supplire ne rimanesse impoverito (l. 41. ff. 42. 1.) [46], salvi, s'intende, i diritti e i bene-

[43] Arg. l, 41 ff. 4. 4.
[44] Arg. l. 63 § 6 ff. 17. 2.
[45] V. l. 19 § 1 ff. 42. 1.
[46] " Quia heres aut fidejussor donatoris ei non donavit, sed defunctus, vel reus principalis, et donatoris tantum persona meruit hunc favorem ex constitutione Divi „Pii (CUJAC. loc. cit. ad d. l. 41.).

flzî proprî dell'erede. Ora se il *patrimonio* donato significasse per sè stesso l'attivo netto, ciò non si comprenderebbe; come non si comprenderebbe perchè non dovesse aver più luogo la deduzione di fronte al *cessionario*, che può esser perfino un donatario del donatario, e a cui tuttavia non potrebbe il donante opporre il *beneficium comp.* (d. l. 41.) [47].

Affatto gratuita è poi l'asserzione del Tartufari, che in diritto romano si potesse mercè una *condictio incerti* riprendersi dal donante il possesso delle cose donate oltre l'attivo netto, e tornare ad esercitare dopo ciò il *diritto di ritenzione,* per la ragione che " la consegna della cosa non estingue il diritto sulla medesima. „ È errato il supposto, che cioè il beneficium competentiae stia a proteggere un *dritto*, mentre, lo abbiamo veduto, è un *favore* introdotto dalla equità, un *beneficio* che non può estendersi oltre i casi espressi dalla legge. E basterebbe il principio generale fissato dalla l. 51 ff. cond. ind. (12. 6.) [48], per respingere nel caso nostro il diritto di riprendersi la cosa consegnata. Che anzi sappiamo dalla l. 41. § 1. ff. 42. 1, che se il donante ritornasse in possesso della cosa, il donatario potrebbe rivendicarla senza che a quello giovasse più il *beneficium competentiae.* [49]

E che cosa dovrebbe dirsi oggi di questo *beneficio?* Che debba intendersi conservato? Non lo crediamo, perchè i privilegi non si argomentano; devono trovarsi espressi nelle leggi. Esso ha finito coll' incorporarsi nel moderno diritto degli alimenti, non più oltre. Tanto vero che gli scrittori francesi che ammettono quasi tutti il *droit de retention* nella donazione universale (prima che la tradizione sia effettuata) non lo fondano già sul *beneficium competentiae*, ma sulla *presunta volontà* del donante, come à suo luogo vedremo.

[47] " Quia tu non ei donasti sed mihi „ (Cujac. ivi).

[48] " Ex quibus causis retentionem quidem habemus petitionem autem non habemus, ea si solverimus repetere non possumus. „

[49] " Fundum quis donavit — Si non restituit *ut quivis possesor* damnandus est. Si autem fundum restituit, fructum nomine si non eos consumsit *in solidum condemnandus est* „ (d. l. 41 § 1). Dove Cujaccio: " Fac traditione perfectam esse donationem fundi: post, casu aliquo et bona fide donatorem nactum esse ejusdem fundi possessionem, et donatarium ab eo vindicare fundum quasi suum factum per traditionem; si

Da un punto di vista più generale si cerca d'assorgere alla nozione di patrimonio inteso come *attivo netto*, da ciò che parecchi testi romani portano che " *bona* intelliguntur cujusque *quae deducto aere alieno supersunt.* „ Ciò posto, si dice: donando i *bona,* si dona *quod deducto aere alieno superest.* Questo modo di argomentare è il più diffuso in questo tema: dal SAVIGNY al WINDSCHEID, dal RICARD al LAURENT, si può dire che non vi sia scrittore alemanno, francese o italiano che non tragga partito dai testi accennati, per dedurne, con più o meno rigore logico, che sul donatario universale debba gravare finalmente la responsabilità dei debiti del donante. Sul dubbio rigore logico della conseguenza già ragionammo; ora veniamo ai testi.

È stato già da molti avvertito non esservi peggior modo di argomentare dal diritto romano che elevando a dignità di definizioni scientifiche le regole che trovansi disseminate nel *corpus juris.* La logica del diritto romano è una logica vivente, non una logica astratta; procede per via di casi e di regole non per via di principî e di corollarî; il suo metodo è essenzialmente induttivo. E ce lo avverte PAOLO appunto nella regola delle regole: " Regula est quae rem quae est breviter enarrat. *Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.* Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae conjectio est: quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum. „

Ciò posto, si chiede invano ai giureconsulti romani una definizione de' *bona,* tale che ci autorizzi a dedurre da essa i lineamenti del rapporto giuridico concreto. Essi ci danno la soluzione dai casi pratici, e la nozione dei *bona* si piega appunto alla varietà di questi. Troviamo infatti più definizioni dei *bona.*

Talora i *bona* sono (e questo è il senso naturale, primitivo ed etimologico) la *patrimonialità attiva,* senz' altra considerazione: dapprima le cose di cui si ha la proprietà (l. 5. § 6,

conventus actione in rem, id est rei vindicatione fundum non restituit arbitrio judicis.... ut quivis possessor damnandus est in solidum, non ut donator in id tantum quod facere potest „ (loc. cit.).

ff. 36. 4.), poi i diritti reali (l. 8 pr. ff. 42. 5.), indi ogni cosa che ci reca giovamento, *etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus* (l. 49. ff. 50. 16).[50]

Talora i *bona* sono la *patrimonialità attiva e passiva,* cioè tanto le cose e i crediti, quanto le obbligazioni, insomma l'*hereditas.*[51]

Talora i *bona* sono la *patrimonialità attiva dopo la deduzione del passivo,* come nei testi che esamineremo.

Ma se si fa riflessione si vede che in ciascuno dei tre sensi la regola vale pei casi a cui s'intende applicare, non ha una portata generale, ed è la regola che si desume dal diritto, non il diritto dalla regola. Così se all'erede passano le obbligazioni del defunto, non è già perchè i *bona* del defunto abbiano quella definizione, ma perchè tale è l'effetto giuridico del titolo ereditario; cosicchè *bona, per l'erede* sono le attività e le passività insieme. E similmente, se in certi casi dai *bona* (così indicati dalla legge o dalla dichiarazione privata) occorre detrarre l'*aes alienum,* non è già perchè ciò sia un'esigenza logica della nozione di *bona* (a eliminar la quale basterebbe il fatto della coesistenza di più nozioni tra loro inconciliabili), ma perchè è una proprietà di quei speciali rapporti giuridici. E il *bona intelliguntur* adoperato dai giureconsulti, si riferisce sempre al caso particolare (*pel fisco, per l'usufruttuario, pel figlio che conferisce,* e via discorrendo); si sottintenda, bona *hic* intelliguntur.

Escluso da queste regole il carattere di *generalità* che permetta di poterle considerar come definizioni e di applicarle come tali a casi diversi da quelli in cui si trovano formulate, l'applicabilità non potrebbe derivare che dalla analogia, derivante da identità di posizione e di motivi fra loro. Ad escludere l'*analogia* fra questi casi e quello della donazione del patrimonio, si rende necessaria una breve escursione sui testi che li contengono.

Cita anzitutto il TARTUFARI in proposito parecchi testi relativi al *peculio,* coll'intenzione di dimostrare che i Romani

[50] La l. 15 pr. ff. 1. 7., dal titolo "de *bonis* et libertis arrogati„ dice che *omnia* quae ejus fuerunt .... tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit.„ Eppure sappiamo (vedi sopra) che i debiti non passavano. Qui dunque *bona* e *omnia* indicavano la patrimonialità attiva.

[51] V. l. 3 pr. ff. 37. 1., l. 21 ff. 50. 16. ecc.

fecero del principio *bona sunt quae deducto* applicazione a quest'istituto, nel definirlo. Ma la regola cui allude il TARTUFARI si riferisce al contenuto dell'*actio de peculio*, ed è questa, che colui ch'era tenuto per quest'azione avea diritto di prelevare dal peculio (non già i debiti) ciò di cui il peculio stesso era *a lui* debitore [52]; *nessun altro debito del peculio veniva detratto.* [53] Questo era dunque anzi un caso in cui l'universalità *peculio* veniva presa *senza* il computo dei debiti. Debbo credere perciò che questi testi siano stati citati per equivoco, e non mi ci fermo, tanto più che trattasi d'un istituto speciale senza riscontro nel diritto moderno.

Sul *legato d'usufrutto* si hanno le seguenti due leggi:

l. 43 ff. us. leg. (33. 2.): " Nonnihil interest utrum bonorum quis an rerum certarum usumfructum legaverit. Nam si bonorum ususfructus legabitur, *etiam aes alienum ex bonis deducetur,* et quod in actionibus erit computabitur. At si certarum rerum ususfructus legatus erit, non idem observabitur. "

l. 69 ff. ad l. Falc. (35. 2.): Usufructu bonorum legato, *aes alienum ex omnibus rebus deducendum est;* quoniam post Sen. cons. nulla res est quae non cadit in ususfructus legatum. "

Si tratta del legato che il testatore ha ordinato dell'usufrutto di tutti i suoi beni. Ora si sa che i beni del defunto sono trasmessi all'erede *coi debiti; bona* in questo senso, quando trattasi del patrimonio d'una persona morta, non è nulla di nuovo, è il senso stesso di *hereditas.* Ma le due leggi alludono ai *bona stessi,* in quanto l'erede deve farne goder l'usufrutto al legatario, e determinano l'estensione di questo usufrutto, in relazione, s' intende, alla presumibile intenzione del testatore (criterio assorbente in materia testamentaria). Se i *bona* lasciati all'erede sono gravati dalle passività, e quindi si riducono a un valore minore, è naturale che sotto l'aspetto correlativo si presentino all'usufruttuario; altrimenti *gli stessi bona* dovrebbero considerarsi con un contenuto diverso di fronte al proprietario e di fronte al loro usufruttuario, il quale ultimo

[52] " Quia praevenisse dominum et cum servo egisse creditur " (l. 9 § 2 ff. 15. 1.).

[53] Cf. l. l. 13. 14 pr. § 1. 15. 9 § 5 eod.

farebbe un lucro, che non risulta sufficientemente in armonia colle intenzioni del testatore.

L'usufruttuario *omnium bonorum* è qualcosa di molto simile all'erede; tanto che non ha mancato chi ha preteso di qualificarlo tale.[54] Non v' è bisogno d'andar tant'oltre. L'usufrutto è l'utilità della cosa. Ora quando questa cosa è un patrimonio nel senso vero e proprio, cioè un *patrimonio ereditario* (non si potre bbeper atto tra vivi trasmettere l'usufrutto del patrimonio), la sua utilità va desunta dal valore effettivo di esso. Per quella subordinazione e correlazione naturale che v' è tra l'usufrutto e la proprietà, non può darsi a quello e a questa un contenuto obbiettivo differente; e se il contenuto di questa è *res cum oneribus*, tale dev'essere anche il contenuto di quello. Se l'erede e l'usufruttuario si dividono la cosa per prendersene quello la sostanzialità, questo la utilità, nel medesimo modo si dovranno spartire l'onere che ad essa è congiunto, e così l'erede si prenderà il debito (capitale) e l'usufruttuario gl'interessi. Così è infatti pei moderni Codici.[55] Ma il diritto romano che volea evitare fin l'apparenza d'una qualsiasi rappresentanza del defunto nell'usufruttuario, veniva a un identico risultato, lasciando l'intiero carico dei debiti all'erede, ma sottraendo alla parte utilizzabile dell'usufruttuario l'*aes alienum*, cioè quanto occorreva per la dimissione dei debiti.[56]

Del resto quando si tratta dei *bona* d'un defunto, l'onere vi è sempre compreso; così legando una rata dei *bona*, anche la corrispondente rata dei debiti è con essa collegata, e tutta la questione verte sul punto se questi debiti vadano *prededotti* insieme coll'attivo corrispondente, ovvero siano *trasmessi* al legatario. E la risoluzione della questione dipende dal vedere se fu legato *pars bonorum* o *pars hereditatis*. In questo secondo caso l'espressione *legato* è impropria, e i debiti non vanno dedotti perchè passano all'erede nella rata corrispon-

[54] V. la sent. della C. di Parma 19 ott. 1868 negli *Annali di Giurisprud.*, II, 2, 318, colla nota del dotto estensore SCHIAVO. Cf. PAOLI *Succes. testam.* pag. 142.
[55] Art. 509 cod. civ. — cf. art. 612 c. Nap.
[56] Cf. oltre le due citate, la l. 8 § 4 C. 6. 61.

dente; nel primo caso invece vanno dedotti anticipatamente, cioè l'erede è tenuto per l'attivo netto. [57]

Tutte queste considerazioni sono evidentemente inapplicabili alla trasmissione dei *beni d'un vivente,* in cui non v' è alcuna ragione che consigli di sostituire al concetto naturale di *beni,* come complesso di cose e di diritti, quello di *eredità* o di *valore* patrimoniale, poichè sta sempre ferma la massima che il *valore trasmesso* non è quello che figurava nel patrimonio del trasmittente, *dal quale i debiti non si sono mai mossi.*

Un'altra legge che può citarsi sotto lo stesso ordine d'idee è la l. 2 § 1 ff. 37. 6., relativa alla *collazione* dei beni che deve fare il figlio emancipato, quando è ammesso al possesso dei beni *contra tabulas* [58] insieme con quello rimasto sotto la patria potestà, danneggiato dal suo concorso.

Deve dunque conferire i suoi *beni.* E PAOLO soggiunge:

" *Illud autem intelligendum est filium in bonis habere quod deducto aere alieno superest.* " [59]

Ma anche questa è una disposizione motivata dal *riguardo speciale* della posizione del figlio che conferisce. Esso si considera, *fictione juris,* come se fosse rimasto, al pari dell'altro, sotto la patria potestà, di guisa che tutto ciò che avrebbe acquistato avrebbe acquistato pel padre. [60] Ma del pari, reciprocamente, le sue obbligazioni avrebbero gravato il patrimonio paterno, quindi nella collazione ne va tenuto conto per scemare d'altrettanto il valore conferito.

Non può dirsi però davvero che tutto ciò discenda dalla definizione dei *bona;* che anzi filium *in bonis habere* dovrebbe dirsi di molte cose che pure non è obbligato a conferire, mentre conferisce i debiti ad onta che non siano *bona.* Ma sì dalla finzione suddetta che è il presupposto di questo speciale istituto.

[57] Cf. l. 8 § 5 e l. 9 ff. leg. 2, l. 104 § ult. ff. leg. 1 — (GOTHOFR. not. ad l. 8 § 4 Cod. de bonis quae lib.).

[58] Estesa poi dalla Nov. 18 anche alla successione testamentaria.

[59] Cf. l. 6 in pr. C. h. t. (6. 20.).

[60] Quindi sono eccettuati dalla collazione i peculii (l. 1 § 25 ff. h. t.) e ciò che gli pervenne dopo la morte del padre (l.l. 6 e 15 C. h. t.), ancorchè l'avesse eventualmente conseguito prima (l. 11 ff. eod.), e insomma tutto ciò che *moriente patre ejus non fuisset* (l. 1 § 19 ff. eod.).

Passiamo al testo della l. 11 ff. jur. fisc. (49. 4.):

"Non possunt alia bona ad fiscum pertinere nisi quae creditoribus superfutura sunt; id enim bonorum cujusque intelligitur quod aeri alieno superest."

Si ha qui enunciata con una certa solennità la *regula* relativa ai *bona*, che però, malgrado l'*enim* che lo accompagna, mostrammo già non potersi elevare a dignità di definizione, per modo che essa basti a fornire la ragion sufficiente di un dato precetto giuridico o disposizione di legge. Resta il caso speciale.

Ed il caso del fisco è veramente speciale e senza analogia. Il suo presupposto è quello stesso dell'erede: l'estinzione di una personalità; ma il suo titolo non è quello di successore universale, di rappresentante e continuatore della persona estinta. Malgrado l'espressione inesattissima del nostro art. 758, al fisco non si devolve l'*eredità,* ma i *beni,* e non come vero e proprio successore, ma come legittimo occupatore e liquidatore d'un patrimonio sfasciato.[61]

Ciò è vero tanto pei beni *vacanti,* che per quelli che nell'antico diritto pervenivano al fisco in seguito a condanne penali importanti *confisca.* Infatti come alla morte di colui che non lasciò successibili si estingue l'unità patrimoniale, la quale non trovando chi sostituisca l'antico centro si dislega e va in frantumi, il simile avveniva *per gli effetti civili* nel caso della confisca: "Damnatione bona pubblicantur (dice la l. ff. bon. damn. 48. 20.) quum aut vita adimitur, aut civitas, aut servilis conditio irrogatur." Ora queste condanne aveano per effetto la perdita dello *status,* della *personalità giuridica* del condannato[62], e il risultato era, di fronte al jus civile, il medesimo che per la morte senza successibili: lo sfascio dell'unità patrimoniale.

[61] MANTELLINI, *Lo Stato e il Cod. civile,* II. pag. 335.

[62] È vero che coloro che perdevano *civitatem non libertatem* (p. e. i deportati) conservavano la capacità di contrattare e acquistare *jure gentium,* godevano in conseguenza delle *azioni utili,* mediante cui potevano far valere i loro diritti senza che il fisco se ne impadronisse (v. l. 22 § 5 ff. 17. 1.). Ma questa era una pozizione eccezionale, che il dritto civile ignorava. E in ultima analisi, alla loro morte, era il fisco che raccoglieva i beni siccome vacanti, mancando essi dei diritti ereditarî

Restano le cose, che costituivano il substrato patrimoniale, svincolate da ogni collegamento di proprietà, restano i crediti e i debiti, le azioni e le obbligazioni, ma separate da qualunque personalità; *remanènt in causa bonorum publicatorum,* come s'esprime la l. 5 C. 9. 51.; tantochè anche graziato e *civitati Romae restitutus,* con restituzione di qualche sua cosa, il condannato non riacquistava nè i crediti nè i debiti, a meno che non fosse con speciale decreto ripristinato anche *nei beni tutti* — lo che era una specie di risurrezione retroattiva per finzione di legge.

Ora il fisco non faceva che raccogliere *necessitate rerum* questi frantumi di patrimonio; e non essendovi nessuno in cui la personalità stessa potesse continuare, non restava che farne la liquidazione. Quindi è che il fisco rassomiglia, ma solo apparentemente, all'erede, mentre in sostanza egli non s'addossa i crediti e i debiti del confiscato, ma solo liquida gli uni e gli altri mercè il fondo patrimoniale che gli perviene, occupando per diritto di sovranità il rimanente. Non continua perciò, nè rappresenta la personalità giuridica del delinquente, che s'intende invece distrutta [63]; quindi il suo obbligo arriva fin dove arriva la sostanza confiscata, non oltre.

È evidente che questa posizione non può avere nulla di comune colla trasmissione dei beni che una persona vivente fa ad un'altra. Qui vien meno il presupposto su cui quella è fondata; quindi nessuna ragione di analogia può dar luogo ad una scientifica induzione dall'una all'altra.

Ed eccoci finalmente alla l. 72. pr. ff. de jure dot. (23. 3.), che è quella più generalmente invocata dai sostenitori della tesi che combattiamo, ed è per verità la più importante in quel senso.

(l. 15 pr. ff. 48. 22 - l. 2 C. 9. 49 — l. 7 § 5 ff. 48. 20.). Che se in quest'ultima legge è detto che i *relegati* trasmettono agli eredi i beni da loro acquistati dopo la confisca, è d'uopo rammentare che la relegazione, pena non capitale, non poteva essere accompagnata da confisca se non di una *parte* dei beni (l. 4 ff. 48. 22.).

[63] “Fiscus dicitur succedere delinquenti annihilando illius personam non illam repraesentando „ — era l'espressione dei nostri pratici. Ed è per lo meno poco esatta la frase adoperata da Paolo nella l. 65 § 12 ff. pro socio (17. 2.), dove dice che la confisca del socio estingue la società, perchè “ *cum in ejus locum alius succedat,* pro mortuo habetur. „

" Mulier bona sua omnia in dotem dedit. Quaero an maritus, quasi heres, oneribus respondere cogatur. Paulus respondit: eum quidem qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit a creditoribus conveniri eius non posse; sed *non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.* "

Quì finalmente ci troviamo in un campo ove l'analogia col caso nostro potrebbe esser lecita: trattasi di trasmissione tra vivi di tutti i beni presenti, e proponesi appunto il quesito se sul cessionario di essi (che nel caso è il marito pei beni dotali) venisse a ricadere il peso dei debiti, sia per trasmissione, sia altrimenti.

Paolo risponde anzitutto che *trasmessi* essi non sono[64], e ciò conferma ancora una volta la condanna della prima posizione, già da noi combattuta, nonchè di chi pretende, come Savigny, dedurre da questo testo " *un tacito impegno del donatario di pagar tutti i debiti e di sostituirsi al donante di fronte ai creditori.* " A parte il *tacito impegno,* affatto superfluo (come dicemmo) in una costruzione di questo genere, questa conseguenza sarebbe proprio in aperto conflitto colle parole del giureconsulto *(a creditoribus conveniri ejus non posse).*

Peraltro si aggiunge: *non plus esse in promissione bonorum quam quod superest* etc. Ciò significa che la promessa *non fu* che dell'attivo netto, ovvero che essa *non tiene* che per l'attivo netto? Se si guarda alle espressioni del testo (Mulier *bona sua omnia* in dotem dedit — Maritus.... *tota.... bona* mulieris retinuit) credo che se ne riceva a prima giunta questa impressione che non si alluda qui a un disaccordo fra la promessa e l'esecuzione. Conferma poi tale versione l'altra espressione del testo " *non plus esse* in promissione bonorum ", perchè quando i giureconsulti vogliono esprimere l'interpretazione da darsi a una parola per la presunta volontà delle parti o del legislatore, adoperano a preferenza (come abbiam veduto) la frase *non intelligitur* o altra simile. Non è dunque che la moglie donando *tutti i beni, intendesse* donarli con deduzione dei debiti; il giureconsulto vuol dire piuttosto che essa *non*

[64] Anche più esplicitamente nello stesso senso la l. 27. Cod. 5. 12.

poteva donarli altrimenti che con deduzione dei debiti, cosicchè pel dippiù la promessa non vale, non esiste.

Ma allora noi dovremo trovare nelle stesse leggi romane la riprova di ciò, della proibizione, cioè, a cui allude il giureconsulto; e se questa abbraccia tutte le disposizioni alienative del patrimonio a titolo gratuito, come tali e perchè tali, sarà il caso di applicare il disposto della l. 72, per identità di motivi, alle donazioni universali in genere; se invece la proibizione riguarda la causa speciale della dote e la persona speciale della moglie che se la costituisce, è evidente che la analogia per casi da questo diversi non sarà più legittima.

Ora per rapporto alle donazioni in genere, noi sappiamo che fu in vigore per qualche tempo tra i Romani una legge (Cincia) che proibiva di donare oltre una certa misura [65], ma sappiamo altresì che questa legge decadde ben presto, e il diritto giustinianeo ammetteva indubbiamente come *valida* la donazione di tutti i beni, senza che si trovi più in esso veruna disposizione restrittiva in proposito.

Non così per la *dote*. Sebbene non fosse proibito, dopo l'abolizione della legge Papia, costituire in dote l'intiera sostanza della moglie (l. 4 C. jur. dot. 5. 12.), un tal fatto era riguardato pur sempre con sospetto, e se si provava che la moglie si era obbligata *ultra vires patrimonii,* la promessa non valeva. „ In dotis quoque modo subvenitur, si *ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium* circumscripta in dotem dedit „ (l. 9. § 1. ff. minor. 4. 4.). La l. 6 § 2 ff. de jure dot. (23. 3.) proclama il principio generale: „ Si in dote danda circumventus sit alteruter etiam major anno 25 succurrendum est, quia bono et aequo non convenit aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum. „ [66] Ora il dolo e la circonvenzione si presumevano sempre in una costituzione di dote che superava l'effettivo valsente patrimoniale; e ne seguiva la nullità *ipso jure* della promessa. „ Sive

[65] Ulp. Fragm. I. § 1; il quale nota che questa era una legge *imperfetta,* perchè non rescindeva l'atto fatto in contravvenzione della medesima.

[66] Cf. l. un. C. 2, 34., l. un. C. 3, 30, che contengono pure rimedî revocatori contro le doti immodiche.

generalis curator, sive dotis dandae causa constitutus sit *et amplius doti promissum est quam facultates mulieris valent, ipso jure promissio non valet;* quia lege rata non habetur auctoritas dolo malo facta. Quaerendum tamen est utrum tota obligatio, an quod amplius promissum est quam promitti oportuit infirmetur. Et utilius est dicere *id quod superfluum est tantummodo infirmare* „ (l. 61 pr. ff. eod.). La *promissio* era dunque valida solamente per la parte rappresentante l'attivo netto.

Con questi precedenti [67] resta abbastanza spiegato e giustificato il disposto dell'art. 72. Il marito non potè avere acquistato la proprietà di quella parte di beni datigli in dote che corrispondeva al valore dei debiti, perchè *per quella parte* l'obbligazione della donna superava le forze del patrimonio, e “ cum amplius doti promissum est quam facultates mulieris valent *ipso jure promissio non valet.* „

È dunque un soccorso speciale dato alla donna per la dote immodica, cui nulla ci autorizza ad estendere alle donazioni in genere, dove la causa dotale non sia in campo. E tale speciale precetto è indipendente dall'uso dell'espressione *bona;* anche se l'obbietto della dote fosse consistito in cose singole o in una somma di danaro, quando il suo valore superasse quella effettiva del patrimonio, la conseguenza legale sarebbe pur sempre la medesima nullità dell'obbligazione per il di più di quel che il patrimonio comportasse: “ *id quod superfluum est infirmare.* „

Concludendo, noi non siamo autorizzati a ricavare dai testi del diritto romano nè una definizione dei *bona* che ci ponga nell'impegno di dedurre da essa logicamente conseguenze giuridiche, nè una disposizione di legge applicabile, anco per analogia, al donatario omnium bonorum, da cui risulti una responsabilità *ipso jure* di questo pei debiti del donante. I testi romani non pregiudicano, anzi confermano la massima della intrasmissibilità delle obbligazioni (sotto qualunque forma) *inter vivos.*

[67] Che per le obbligazioni dotali vigesse un rigore speciale nelle leggi, è dimostrato anche da ciò, che mentre la donna *filiafamilias* po-

II.
La presunzione di volontà.

La intrasmissibilità delle obbligazioni non toglie che un terzo possa impegnarsi di fronte al debitore a pagare i suoi debiti. Si ha allora *l'accollo* o delegazione del debito fatta dal debitore al terzo, obbligazione usitatissima, in specie nei contratti di vendita d'immobili o nelle donazioni più importanti. Anzi non sarà male osservare che la consuetudine quasi immancabile in siffatte donazioni di provvedere ai debiti mercè accollo è già per sè un forte argomento contro le costruzioni finquì confutate, che renderebbero tale clausola affatto inutile.

Indubbiamente l'accollo può aversi non solo *espresso* ma anche *tacito*. E tale può aversi anche nella donazione d'un patrimonio, quando da indizî stringenti di fatto, desunti dall'atto a norma degli art. 1131 e segg. del cod. civ., può trarsi, per via d'interpretazione, l'intenzione delle parti di effettuare l'accollo medesimo. Come esempio di tali indizî, si reca generalmente dagli scrittori la circostanza di avere annesso all'istrumento di donazione un elenco dei debiti. Ma è chiaro che su ciò non possono dettarsi norme generali; dipenderà dalla convinzione del magistrato, quale s'ingenera dall'esame del singolo caso, potendo solo concedersi che debba il magistrato essere disposto ad accogliere senza troppo rigore tale interpretazione, vista la natura dell'atto che spoglia il donante di tutto il suo attivo.

In due casi tuttavia io credo che il tacito accollo dei debiti debba elevarsi a presunzione *juris*.

Il primo è quando il patrimonio trasmesso è una *eredità*. Vedemmo già sopra che la donazione d'una *eredità* differisce dalla donazione del *patrimonio*, in quanto l'eredità è realmente

teva obbligarsi in genere civilmente al pari del *filiusfamilias* (V. Savigny, *Sistema* Appendice v.), non aveva uguale capacità per le obbligazioni dotali, come rileviamo da un testo dei *Fragm. Vatic.* § 99: “Paulus respondit: Filiafamilias ex dotis dictione obligari non potuisse.„

una universitas juris con esistenza obbiettiva ove i debiti sono compresi insieme coi beni. Mentre il *patrimonio* non è separabile dalla *persona* vivente, l'*hereditas* è separabile dall'*heres*, il quale ha personalità e patrimonialità propria. Tanto vero che può essere obbietto di trasmissione anche a titolo oneroso, e può essere separata, per volontà dell'erede o dei suoi creditori, dal patrimonio proprio dell'erede. E mentre i debiti del vivente gravano la persona, non l'obbiettività patrimoniale, i debiti del defunto gravano l'hereditas, e solo mediatamente (come effetto di essa) l'erede, al quale infatti non passano in caso di separazione. I debiti ereditari, osserva giustamente il Gürgens, siccome pervengono all'erede *coll'*eredità e *per mezzo dell'*eredità, appaiono come un *damnum ex hereditate;* ora il *damnum* segue il *lucrum* e "sicuti lucrum omne ad emptorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad emptorem respicere" (l. 2 § 9 ff. her. vend. 18. 4.).

Ciò non può ripetersi pei debiti che gravano il patrimonio d'un vivente. I debiti non si presentano mai giuridicamente come un prodotto del patrimonio del debitore; il patrimonio d'una persona può, come fattore capitale del suo credito, essere l'*occasione* per l'origine dei suoi debiti, ma non mai la sua *causa.* L'eredità è titolo d'obbligazioni, il patrimonio no. Ora sebbene io non possa alienare il gius ereditario, l'eredità come titolo, possò però alienare, ed effettivamente alieno, *tutto il suo contenuto effettivo,* perchè ha un'esistenza separata dalla mia persona giuridica. E quindi sebbene la trasmissione non si operi sulle *obbligazioni,* si opera sul loro equivalente obbietttivo, sul loro significato economico, il quale è quello d'un danno, d'una diminuzione dell'attivo. Ma in che forma? sotto l'unica forma in cui ciò è possibile. Il *vincolo giuridico* resta dov'era; debitore resta l'erede; l'acquirente è vincolato solamente verso il suo autore, che è l'erede.[68] In altri termini l'effetto della trasmissione della *hereditas* è l'accollo *ipso jure* dei debiti in essa contenuti.

[68] In diritto romano ciò era rigorosamsnte osservato: "Ratio juris postulat ut creditoribus hereditariis.... te convenire volentibus tu respondeas: et cum eo cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo

Un altro caso che offre analogia col precedente è quello della donazione dei *beni presenti e futuri*. Questa figura non è accolta dal nostro Codice [69]; pure gioverà, per farsi un'idea esatta dell'istituto, dirne qualche parola.

Al contrario dell'opinione generalmente invalsa, che le donazioni dei beni futuri siano istituzioni germaniche o dei paesi retti a diritto consuetudinario, mentre il diritto romano ed i paesi da esso regolati le abbiano appena conosciute, devesi dire che è precisamente nei paesi di diritto germanico e consuetudinario che le donazioni dei beni futuri non sono mai esistite, e che questo istituto non poteva e non doveva logicamente svolgersi (con molta difficoltà e riserva peraltro) che nei paesi del diritto romano. Ed è facilissimo restarne persuasi, tostochè si rammenti: 1° che il diritto germanico e consuetudinario ha ammesso di buon'ora l'*istituzione contrattuale,* ignota al mondo romano [70]; 2° che una delle massime ferme dello stesso diritto si era quella che donare implicasse spogliarsi realmente, attualmente e irrevocabilmente della cosa donata, lo che si esprimeva nelle *consuetudini* col famoso proverbio *donner et retenir ne vaut.* [71] In un sistema che parte da questa massima, la donazione dei beni futuri prende necessariamente la figura d'una donazione *causa mortis,* la quale quando è estesa a tutto il patrimonio, a tutti i beni che lascerà il disponente, si confonde coll'istituzione contrattuale. In un sistema che respinge invece l'istituzione contrattuale, la donazione dei beni futuri (dato che sia *possibile,* dato cioè che la donazione si perfezioni dinanzi alla legge col solo consenso, e non occorra la tradizione, come occorreva nel diritto anto-giustinianeo) non

ordine. Nam ut satis tibi detur sero desideras: quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, *ut creditoribus hereditariis satisfaciat,* excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest. „ (l. 2 C. h. t. 4. 39. Cf. l. 22 Cod. donat. 8. 54.). Nel moderno diritto questo giro di azioni è evitato in virtù dell'art. 1127 cod. civile.

[69] Art. 1064 (Una donazione così concepita è valida solo pei *beni presenti).*

[70] V. su ciò DELAURIERE *Des instit. coutumières* ch. I., e TROPLONG *Prefaz. al Comm. delle Donazioni.*

[71] Testo romano invocato: “ Non videntur data quae eo tempore quo dantur accipientis non fiunt „ (l. 167 de reg. juris).

può avere altro effetto che di conferire al donatario il diritto di spossessare successivamente il donante dei suoi beni, a misura che li viene acquistando. Nel primo caso il donante può sempre disporre dei suoi beni finchè vive, nel secondo caso non ne può disporre affatto. Infatti nei paesi di diritto consuetudinario le donazioni dei beni futuri o erano proibite o erano riguardate come istituzioni contrattuali, per cui il donante conservando la facoltà di disporre dei beni donati (salvo che a titolo gratuito) veniva a dare al donatario, come si esprimeva LEBRUN, *le revenant bon au temps du décès.* [72] Il diritto consuetudinario estendeva anzi questo modo di considerare anche alla donazione dei *beni presenti e futuri,* considerandoli come un atto avente un contenuto unico e indivisibile, e così in sostanza come donazione dei soli beni futuri, cioè esistenti all'epoca della morte. Si trovò un medio termine che fu consacrato prima dall'ordinanza del 1731 in Francia e poi dal Codice Napoleone, per i casi in cui queste leggi ammisero la donazione dei beni futuri, cioè nei contratti matrimoniali: si distinguè la donazione dei beni *presenti* da quella dei *futuri,* e si diè al donatario l'ozione fra questi e quelli. Allora, se il donatario sceglie i primi, gli effetti si riportano all'epoca della donazione, se sceglie i secondi (ossia se accetta la donazione *senza dividerla)* non può prendere che i beni esistenti al tempo della morte del donante, assoggettandosi al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditari. [73] Donde si vede che ad ogni modo il donatario non può reclamare la consegna dei beni che *dopo la morte del donante;* nell'intervallo questo può disporre (a titolo oneroso) tanto dei beni che aveva al momento della donazione, quanto dei successivi, salvo che dei primi il donatario può (se spiega l'ozione sui medesimi) far *risolvere* le alienazioni, ripristinando le cose al punto in cui erano prima della donazione. [74] — Anche nelle consuetudini alemanne la donazione dei beni futuri non avea effetto che alla morte del donante, e gli scrittori la equiparano a un patto

[72] TROPLONG — *Donaz.* n. 1195 e 2382 segg.
[73] Cod. Nap. art. 1084 e 1085.
[74] TROPLONG, loc. cit. n. 2401; ZACHARIAE, *Corso* III. § 740.

di successione. Così infatti s'intende la disposizione del Codice austriaco: " il patto in forza di cui si donano i beni futuri sussiste soltanto in quanto non eccede la metà di questi beni " (§ 944).

In Italia (e in genere nei paesi di *diritto scritto*) questi concetti non fecero presa. Dei beni presenti il donante era subito espropriato a favore del donatario. La donazione dei beni presenti e futuri *di regola* era *proibita* in odio ai patti di successione e *quia per eam aufertur libera testandi facultas;* per *eccezione* era lecita, purchè il donante si riservasse l'usufrutto o il ventesimo dei beni.[75] Donde si vede che conseguenza logica di tale donazione era ritenuta quella di spossessare successivamente il donante dei suoi beni presenti e futuri.[76] Però nella pratica questa spogliazione era inammissibile; ed il Cardinal De Luca, maestro dei pratici, ci fa sapere che in siffatte donazioni il donante rimane in possesso del patrimonio, quasi amministratore del donatario; può anche, entro ristretti limiti, disporne, ma per lui guadagna e per lui perde a simiglianza (aggiunge) dell'erede gravato di restituire *(De donat.* dec. 46) Con che la figura viene avvicinandosi a quelle del diritto consuetudinario, colla differenza di una disponibilità ristretta in più angusti confini.

Di qui in sostanza si vede che il donatario dei beni *presenti e futuri* è donatario di una *eredità*, poichè il vero effetto di questa donazione non si spiega che alla morte del donante. Ne segue pertanto, per identità di motivi col caso precedente, che egli è anche un tacito accollatario dei debiti. I debiti non passano certamente a lui jure hereditatis, perchè egli non è l'erede, ma passa a lui la sostanza ereditaria coi lucri e coi pesi che ne compongono il valsente. Appunto per questo, l'accettazione definitiva d'una donazione di tal fatta non è concepibile che all'epoca in cui l'eredità si verifica, cioè all'epoca della morte; ed allora può il donatario sottrarsi ai debiti che superassero l'attivo, ricusando la donazione, cioè

[75] V. latamente su questo tema l'*Adnotatio* alla decis. 21 delle *Recent. Rot.* Pars. 9 tom. I.
[76] Cf. Troplong ivi n. 2334.

facendo il rilascio dei beni donati (lo che equivale in effetto a un benefizio d'inventario); senza di che sarebbe, a mio credere, esposto anche *ultra vires* in virtù del tacito accollo. [77]

All'infuori di questi casi, potrà elevarsi a regola generale che coll'uso della parola *patrimonio*, o della frase *tutti i miei beni*, le parti abbiano dimostrato sufficientemente l'intenzione di comprendervi l'accollo dei debiti? Questa ricerca è diversa da quella fatta discutendo la prima posizione, ed ha per base non più il significato giuridico, ma il significato abituale, quasi dico volgare della parola stessa.

Delbrück per esempio crede che il significato *attuale* della parola *patrimonio* (*bona, Vermögen*) sia comprensivo dei debiti, e ne dà a prova le espressioni usitate di *patrimonio attivo e passivo*, con cui si comprende la somma dei diritti e delle obbligazioni d'una persona. [78] Ciò ammesso, è chiaro che fu nelle intenzioni delle parti di ridurre l'obbietto trasmesso a un valore, e quindi di trattarlo come si tratta un'eredità, la cui vendita implica l'accollo dei debiti nell'acquirente.

Ma è errata la premessa. Altro è parlare del *patrimonio d'una persona,* altro è parlare della *trasmissione d'un patrimonio.* Parlando del primo accade di usare l'espressione *patrimonio attivo e passivo;* infatti *per chi lo possiede* il patrimonio è riducibile a funzione di valore e comprende l'attivo e il passivo, come già fu detto. Ma nessuno direbbe che Tizio trasferisce, cede, o, peggio, dona il suo patrimonio passivo. Il patrimonio obbietto di contrattazione è, anche nell'intuito volgare anzi specialmente in questo, il substrato materiale, l'obbiettività patrimoniale disponibile, i *bona;* substrato il quale, coma già avvertimmo, non è una vera e propria *unità* in senso giuridico, mancandole il vincolo unificatore, ma una vera unità *nominale*, che si estende cioè ed abbraccia *singulatim* tutte quelle appartenenze del patrimonio che entrano sotto il nome di *bona.* Ora è arduo far comprendere a chi non sia addestrato nelle sottigliezze forensi che tra questi

[77] Questa credo che sia la soluzione più razionale della questione agitata in Francia se un tal donatario sia tenuto ai debiti *ultra vires* o *intra vires bonorum.*

[78] Delbrück, *Die Uebernahme fremder Schulden* (1853) pag. 16.

entrano anche i *debiti* che gravano il patrimonio. All'incontro è di senso comune che *bona* sono le cose, le utilità, i diritti (*bona quod beant*), e che se i debiti *patrimonium minuuntur*, ciò è in quanto il patrimonio esiste *insieme* con loro, ma *fuori* di loro, in quanto essi lo *affêttano* in qualche modo ma non ne *fanno parte,* in quanto infine io possiedo nello stesso tempo *e* il patrimonio *e* i debiti.[79] Che se io per ipotesi trasmetto quello ad un'altra persona senza far parola di questi, non v'è ragione perchè con ciò soltanto anche questi s'abbiano ad intendere trasmessi; lo che richiederebbe tutt'altra sorta di disposizione d'animo da parte di chi dona e di chi accetta, potendo anche ridurre a zero il valore del patrimonio donato, e perfino esporre il donatario a rimettervi del proprio. Ad ovviare infatti quest'ultimo pericolo bisognerebbe introdurre una seconda presunzione di volontà limitativa della prima e supporre che il donante intese accollare i debiti al donatario e questi accettare l'accollo, ma solamente fino a concorrenza della sostanza donata; la quale limitazione non troverebbe più base neppure nel preteso senso attribuito alla parola *patrimonio,* ma sarebbe completamente arbitraria e fuori di qualsiasi costruzione giuridica come abbiamo tentato a più riprese di provare.

Diciamo qui qualche parola d'una forma di presunzione che si collega con quella del *tacito accollo.*

La scuola francese ha generalmente accolto dal diritto romano il così detto *diritto di ritenzione* spettante al donatore del patrimonio, prima di far la consegna delle cose donate, onde possa dedurne l'*aes alienum;* ma ne ha falsato completamente il significato, considerandolo non più come una sequela dell'antico *beneficium competentiae* (sebbene ad esso continui a richiamarsi), ma come l'effetto di una *presunzione di volontà* del donante stesso.

[79] Propriamente (quando si decampi dal significato rigorosamente giuridico) nemmeno i *crediti* entrano *nel* patrimonio, ma *col* patrimonio, come nel seguente testo (l. 9. ff. rem pup. 46. 6.): " Cum pupillus a tutore stipulatur rem salvam fore, non solum quae in *patrimonio* habet, sed etiam quae *in nominibus,* ea stipulatione videntur contineri. „ Ma oggi sarebbe eccessivo conservare a questo vocabolo un significato tanto materiale, e giova equipararlo ai *bona.*

La costruzione di cui parliamo è la seguente, che è seguita a un dipresso da tutti gli scrittori francesi: chi si obbliga a donare *i suoi beni* (o anche *porzione dei suoi beni)* intende parlare generalmente di ciò che gli resterà dopo pagati i suoi debiti, poichè altrimenti gli si supporrebbe l'intenzione di defraudare i suoi creditori, lo che è inammissibile; egli perciò deve essere autorizzato a prelevare in forma di ritenuta sul valore dei suoi beni l'ammontare dei debiti ch'egli avea nel giorno della donazione. Però siccome questa non è che una interpretazione del contratto, così essa non è più possibile dacchè le parti abbiano dato esecuzione al contratto stesso, senza eseguire tale deduzione; allora la presunzione cede dinanzi alla realtà del fatto, il quale dimostra che le parti nella convenzione non intesero parlare di ciò che restava dedotti i debiti, ma dei beni tutti, senza riserve o detrazioni di sorta. Quindi non compete al donante veruna azione in ripetizione di ciò che avesse già consegnato al donatario.[80]

Il LAURENT si è dichiarato contrario a questo diritto di *ritenzione*, principalmente perchè: 1.° non possono ammettersi altre presunzioni fuori di quelle stabilite dalla legge, e solo per eccezione quelle cui allude l'art. 1313 (il nostro 1354), limitatamente al valore per cui si ammette la prova testimoniale; 2°. se fosse vero che il donante ebbe quella intenzione che forma il presupposto di questo diritto, dovrebbe permetterglisi di agire anche dopo la consegna, per la restituzione del di più che era *indebito.*[81]

Questa seconda obbiezione sarebbe infondata, se si fosse davvero in tema d'interpretazione. La figura dell'*indebito* è estranea al caso. Il fatto delle parti non fa che *porre in chiaro* il contenuto del contratto, supposto ambiguo. Fino al momento della consegna è autorizzato il *dubbio* sull'estensione precisa della volontà delle parti, e per conseguenza è ammessa l'interpretazione; il fatto della consegna togliendo il dubbio, toglie anche la possibilità d'una interpretazione, poichè non si

[80] V. dopo RICARD e FURGOLE, TOULLIER V. n. 817, 818, — ZACHARIAE III. § 706 — AUBRY et RAU ivi e VI. pag. 96-98 not. 3-5 — TROPLONG *Vendita* n. 449 — DURANTON VIII. 473 — DEMOLOMBE XX. 440.

[81] LAURENT, *Princ.* XII. n. 406.

danno migliori interpreti d'un atto di quelli stessi che lo hanno stipulato e che lo pongono in esecuzione.

Ma il LAURENT ha colto giusto, che qui si decampava in realtà dal tema dell'*interpretazione* contrattuale e si stabiliva in quella vece una vera e propria *presunzione juris*. Ora la *presunzione* è altra cosa che l'*interpretazione*. Anche l'*interpretazione* procede per via di presunzioni; il processo logico che segue la mente di chi interpreta è in sostanza quello stesso delle presunzioni: dedurre da un fatto noto, certo, esistente, conseguenze mercè cui risalire ad un fatto ignoto. Ma la base su cui si eleva il ragionamento dell'interprete è il *testo* della legge o del contratto che si tratta d'interpretare. Questa operazione è essenzialmente subbiettiva; si potranno dare e si danno delle regole o norme *direttive*, ma la loro applicazione al caso singolo è sempre opera del giudice, che dalle espressioni e dalle clausole adoperate dalle parti deduce la loro intenzione. La *praesumptio juris* dispensa il giudice da questo compito; la legge, per ragioni tratte da un ordine di idee generali affatto estrinseco al tenore speciale dell'atto, eleva a massima la consacrazione d'un certo valore probatorio a determinate circostanze. Ora la *praesumptio juris* deve esser data dalla legge o espressamente o almeno implicitamente (com'è la presunzione d'accollo nel caso di trasmissione d'una eredità, poichè *l'eredità comprende i debiti).* Le presunzioni non stabilite dalla legge (*praes. hominis*) o sono ricavate da fatti estranei all'atto contrattuale e non saranno lecite se non nei limiti di legge (art. 1354), o sono ricavate dal testo del contratto, e si confondono colla sua interpretazione, ma perciò stesso vanno rilasciate in ciascun caso al discrezionale arbitrio del magistrato. L'interpretazione è un'operazione complessa in cui le presunzioni non entrano che come elementi.

Che la dottrina dei *ritenzionisti* non intenda d'interpretare, ma di sostituire all'interpretazione una *presunzione generale* che s'impone al magistrato e perfino *in opposizione* al testo contrattuale, risulta chiaro da ciò che in realtà questa teoria non disconosce che le parti intesero portare in contrattazione *tutto* il patrimonio attivo del donante; la stessa espressione

ritenzione sta a palesare il concetto di una *parte* che si *trattiene* sul *tutto* già promesso, e in questa guisa viene ad ammettere che la *frode* non s'intende già *negata* e ritenuta *non esistente in realtà*, ma *impedita* (sulla base d'una contraria *presunzione di diritto* motivata dall'equità), e impedita mercè il fatto stesso di chi la commise, il quale con tarda [82] resipiscenza s'induca a revocare il proprio fatto. Che se fosse possibile in qualche singolo caso argomentare dal testo del contratto che s'intese veramente dalle parti *restringere* l'obbiettività trasmessa al sopravvanzo delle estinte passività, ripetiamo che torneremmo davvero in tema d'interpretazione; ma allora per ciò stesso il diritto di *ritenzione* sarebbe una vera superfluità: basterebbe al donante far appello ai termini del contratto, per respingere le pretese del donatario.

Teoricamente insostenibile, il diritto di ritenzione è poi praticamente inutile. Le considerazioni d'equità con cui si tenta di colorirlo cadono a vuoto, perchè l'interesse che si tratta di proteggere, l'interesse cioè al pagamento dei debiti, è dei creditori, non del donante; e i creditori hanno sempre il rimedio della revocatoria contro il contratto che li danneggia, eseguito o non eseguito che sia.

Escluso che per via di *presunzione* l'atto di donazione del patrimonio debba contener *sempre* il tacito accollo dei debiti (tanto più che si tratterebbe di presumere una volontà di *obbligarsi*, la quale di regola non si presume), diciamo qualche parola del caso in cui il giudice, facendo uso della sua facoltà interpretativa, arrivi a stabilire l'esistenza d'un tale accollo.

Gli effetti di questo sono identici a quelli dell'accollo espresso, e si restringono brevemente nelle seguenti regole:

Il donatario che ha contratto l'obbligo di pagare i debiti del donante è tenuto, verso di questo, ad adempiere tale obbligazione.

[82] "Cum profitearis in fraudem te alterius donasse: professionem inhonestam continere intelligis. Itaque si donationem perfecisti, eam revocare non potes ex memorata allegatione, sub obtentu poenitentiae." (l. 4 C. rev. don. 8. 56.).

Quindi i creditori potranno accettare espressamente o tacitamente la delegazione [83], e se essi agiscono contro il donante questi può chiamarlo in giudizio per essere rilevato. — I creditori da parte loro non perdono le azioni contro il donante, perchè *debitorum pactionibus creditorum jus nec tolli nec mutari potest* (l. 25 C. de pactis), a meno che non lo liberino dalla sua obbligazione; nel qual caso accade perfetta novazione, e il debito passa al donatario ma *quale si trovava* presso il donante.

La maggior parte degli scrittori tedeschi (citeremo a caso il Gürgens, il Windscheid, il Beseler, il Bluntschli, l'Arndts) crede che l'accollo del debito costituisca una figura a sè, intermedia tra la semplice delegazione e la novazione, nessuna delle quali due basterebbe, secondo essi, a spiegare e giustificare il rapporto di *successione nel debito*, quale deriva dall'accollo; ma l'esame di questa teoria, che è fuori dei limiti speciali del nostro tema, ci porterebbe troppo in lungo.

In sostanza, per essi è un'esigenza dell'accollo, quale è ricevuto nell' odierno mondo giuridico, che l'accollatario resti obbligato di fronte al creditore, ciò che nella delegazione semplice (dicono), senza una convenzione tra questi ultimi due, non si verifica; e che resti obbligato cogli stessi accessorî e privilegi relativi al debito accollato, ciò che la novazione non comporta.

Noi riteniamo col Kuntze [84] che una successione singolare nei debiti sia un'impossibilità giuridica, che l'obbligazione dello accollatario possa riguardarsi come una ramificazione (Zweigobligation) dell'obbligazione del debitore, come un'obbligazione correale accessoria alla prima, per cui il creditore venga ad avere dinanzi a sè due debitori invece di uno. Il diritto del creditore verso l'accollatario deriva dalla sua accettazione, esternata anche col fatto stesso dell'azione contro di lui promossa. Nel nostro tema poi (donazione) soccorre per noi a sufficienza l'art. 1128 del nostro Codice: "può ciascuno sti-

[83] Il diritto romano dovea logicamente escludere ed escludeva l'azione diretta del creditore contro il donatario, come sopra fu accennato.
[84] *Die Obligation und die Singularsuccession* (1856).

pular *a vantaggio di un terzo*, quando ciò formi *condizione* d'una stipulazione che fa per sè stesso o *d'una donazione che fa ad altri* „.[85] — Che se il creditore non si limiti ad accettar l'accollo, ma vada fino a liberare l'accollante, non per questo il debito perde nulla della sua sostanzialità, poichè il *contenuto* della nuova obbligazione è *identico* a quello della obbligazione novata, non esclusi gli accessorî, solo che il creditore se li riservi (art. 1274 c. c.).[86] Nè l'esigenza dello istituto può spingersi alla dispensa del creditore dall'obbligo della riserva. Il creditore ha intatte le sue azioni contro il donante; in tal caso i privilegi e le ipoteche sono pienamente salvi, poichè non havvi ancora novazione. Questa esige un atto liberatorio del creditore; è dunque in facoltà del creditore di spingere la liberazione fino all'estinzione dello garanzie o di far rimaner queste in piedi.

Il donatario che s'accolla i debiti è tenuto a pagarli in forza delle convenzioni qualunque sia il loro valore, quindi anche *ultra vires* della cosa donata, e anche se il donante o i suoi eredi siano in grado di pagare. Anche coloro che credono di poter tenere obbligato il donatario ai debiti in forza della massima *bona non intelliguntur nisi deducto œre alieno*, e limitano in tale caso la sua obbligazione alla misura del patrimonio donato e salva l'escussione del donante ai suoi eredi, ammettono però che questi limiti vengono meno, allorchè vi sia stato *accollo* dei debiti del donante al donatario.[87] E per verità in questo caso la donazione non è più un mero atto di liberalità, ma è, come dice il giureconsulto, *mixtum negotium cum donatione*

[85] Ciò non era possibile nel puro diritto romano; ma più tardi il terzo favorito dalla disposiz.one ebbe l'*azione utile* (l. 3. C 8. 55.).

[86] Ciò fin dal diritto romano (l. 11 § 1 ff. pign. act. 13. 7. — l. 3.. pr. e l. 12 § 5 ff. qui pot. 20. 4.). Sulla interpretazione di questo articolo (1278 del Cod. Nap.), che tante vivaci dispute ha sollevato, ci persuade l'opinione di Demolombe (v. 355), alla quale ci conformiamo.

[87] Così Voet (ad Pand. 39. 5. § 20): "Plane ultra rerum donatarum quantitatem donatarios a creditoribus donantis conveniri ratio non fert, cum neque heredes, neque bonorum possessores ei sint... Nisi quis ea lege donaverit, ut donatarius æris alieni solvendi subeat necessitatem: quippe quo casu conditioni adiectae parendum foret, etiamsi forte damnosa magis eo modo quam lucrosa donatio ex eventu appareat; cum quisque conventioni initae stare debeat; et si non directis, certe cessis per debitorem actionibus ad id conveniri possit, nec poenitentia admit-

(l. 18. pr. ff. de donat.). Nella parte assorbita dall'accollo del debito, è un contratto sinallagmatico, oneroso, di cui questo rappresenta il corrispettivo; quindi la sua forza e i suoi effetti non potrebbero modificarsi che mercè un nuovo accordo delle volontà; cosicchè non potrebbe ammettersi che possa l'accollatario sottrarsi ai suoi impegni (che egli era in obbligo di ben conoscere e misurare), neppure abbandonando la sostanza donata.[88]

Concludendo, non possiamo accettare nessuna delle tre teoriche per le quali i debiti del donante farebbero direttamente o indirettamente capo al donatario d'un patrimonio: non quella del *passaggio dei debiti*, la quale suppone un successore universale, mentre tale non è mai il donatario[89]; non quella della *deduzione dei debiti*, essendo il patrimonio donato una cosa diversa dal suo valore pel trasmittente; non quella della *presunzione di tacito accollo*, elevata a regola generale, e all'infuori delle norme ordinarie dell'interpretazione contrattuale.

Cosicchè se il contratto non comporta l'interpretazione dell'accollo, i creditori *non ipotecarî* andranno a rischio di perdere il loro, di fronte a un donante divenuto insolvibile? Non già; chi dona tutto il suo patrimonio avendo dei debiti è immancabilmente in frode dal canto suo; la legge non si occupa di sapere se vi sia concerto fraudolento *col donatario*. La gratuità dell'atto è sufficiente per spingerla a preferire nella

tenda sit. Imo secundum hodierni juris simplicitatem donatarium a cre ditoribus donantis recta via absque circuitu ad solvendum aes alienum donantis compelli posse, post multos alios citatos tradit Groenewegen. „

[88] Cf. Demolombe xx 575 e 459 — Aubry et Rau loc. cit. — Laurent xii, 504 — Giorgi *Obbligaz.* vi, 315

[89] Trascriviamo alcune parole d'una sentenza della Cassazione di Palermo (23 agosto 1879), che confutano molto stringentemente la prima posizione: "La donazione di tutti i beni presenti non rende per sè medesima obbligato il donatario a pagare i debiti del donante. È questa conseguenza che discende dal principio che la personalità dell'individuo non cessa che colla morte di lui e che le sue obbligazioni personali non possono nella loro universalità passare in altri se non per ereditaria rappresentanza. Inalienabile è il patrimonio dell'uomo in questo senso, che egli sebbene può di tutti i suoi beni attuali spogliarsi e può ad altri addossare determinate sue obbligazioni, pur non può mettersi volontariamente fuori d'ogni rapporto sociale giuridico, e mentre ancora egli esiste crearsi una rappresentanza che solo può cominciare quando la sua persona più non è. Universale che si voglia chiamare la donazione di tutti i beni presenti, essa è sempre un titolo singolare di acquisto pel donatario, il quale non va, per la natura dell'atto, sottoposto all'obbligo di pagare i debiti del donante. „

sua protezione i creditori *qui certant de damno vitando* al donatario *qui certat de lucro captando.* È ciò che essa fa col rimedio della *pauliana* (art. 1235)[90] che insieme coll'azione *ipotecaria* sugl'immobili vincolati (art. 2013) costituisce la garanzia dei creditori in casi simili.

L'esercizio della *pauliana* suppone un *danno*, ma questo non si ha se il debitore o i suoi eredi abbiano di che pagare il giorno in cui il creditore si muove. Ecco perchè questa azione è un rimedio d'ordine *sussidiario*, che presuppone l'*escussione* del debitore e la sua riconosciuta insolvenza. Non è vero adunque che nel caso della donazione universale i creditori possano rivolgersi direttamente contro il donatario, col pretesto che è oziosa l'escussione di chi si è spogliato de' suoi beni. E se gli scrittori ci parlano di una consuetudine simile[91], fa d'uopo riferirla, col TROPLONG[92], al caso della donazione *universale* meno impropria, quella cioè dei beni presenti e futuri, nella quale veramente l'escussione richiesta dalla sottilità del diritto *(in puncto juris* come dicea il DE LUCA*)*, potè essere comodamente bandita nella pratica. Non così nella donazione dei beni presenti: allora non può esser concesso al creditore di attenuare senza ragione l'utilità della donazione, quando possa soddisfarsi sui beni sopravvenuti al donante suo debitore o su quelli degli eredi di lui.

Abbiamo cominciato chiamando in causa la legge di registro, come quella che ha dato occasione a rinfrescare dispute di questo genere. È giusto che chiudiamo accennando alle conseguenze che di fronte a questa legge derivano dalle diverse costruzioni sopra esaminate.

La legge di registro vuole che si tassino gli atti secondo la loro intrinseca natura e qualità (art. 6). Ora se la donazione del patrimonio includesse una specie di successione uni-

[90] Per il Codice austriaco dal donatario, che non abbia cessato in buona fede di possedere le cose donate, queste possono ripetersi, *se donate in pregiudizio dei creditori.* E questo diritto si estende anche ai creditori posteriori al tempo della donazione quando si provi il concerto fraudolento (§ 953).

[91] V. DE LUCA *de donat.* disc. 54 — PEREZIO, *Praelect. ad Cod. de donat.* n. 22 — DELBRÜCK loc. cit. pag. 81 e 85. A quest'ultimo contraddice poi in linea di fatto il GÜRGENS loc. cit. pag. 257 in nota.

[92] *Vendita* n. 450.

versale, secondo la prima ipotesi, l'accollo dei debiti, anche espresso nell'atto, sarebbe una superfluità insignificante, e questi avrebbero il significato di diminuire la sostanza donata; la tassazione dovrebbe perciò regolarsi colle stesse norme di quella dell'eredità; cioè, nel sistema seguito dalla legge nostra (art. 53), colpire l'attivo netto. Così pure l'attivo netto dovrebbe colpirsi qualora si ritenesse trasmesso un *valore,* giusta una delle versioni della seconda ipotesi. Che se volesse invece partirsi dal concetto della nullità della obbligazione del donante, nell'eccedente l'attivo netto, la tassa dovrebbe pagarsi sull'intiero, salvo il diritto alla restituzione in seguito alla pronunziata nullità, secondo le norme dell'art. 11 della vigente legge. Finalmente nella 3ª ipotesi, quella cioè dell'accollo tacito (presunto o interpretato), questo deve essere equiparato intieramente all'accollo espresso, e, come tale, ha per effetto di rendere onerosa la donazione nella parte ricoverta dalle passività. Allora nel sistema seguito dalla giurisprudenza francese la tassazione colpirebbe l'atto come oneroso o come gratuito, a seconda che questo o quel carattere prevalesse, cioè secondochè l'accollo superasse o restasse al disotto del vantaggio. [93] Nel sistema consacrato dall'art. 30 della legge italiana, l'atto è considerato, quanto all'applicazione della tassa, come duplice, cioè come oneroso nella parte in cui l'attivo è ricoperto dal passivo (il quale è riguardato così come prezzo delle cose conseguite), come gratuito nell'eccedente, se vi ha. Il corrispettivo è misurato sempre dall'ammontare degli oneri (art. 31).

Quest'ultimo è stato il sistema generalmente seguito dalla nostra giurisprudenza. La sentenza *Ciccodicola* sopra citata, informata ai concetti da noi confutati, anche in ciò ha peccato d'inconseguenza, che ha misurata la tassa non già sull'attivo netto (come il ragionamento della sentenza lasciava inferire), ma sull'attivo non depurato, ciò che non è logicamente conforme a nessuna delle ipotesi passate in rivista.

[93] Cf. DALLOZ, *Repert.* XXII. n. 3743 e seg.